

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

DIREITO, MORAL E DEMOCRACIA:
Reflexões sobre a concepção de Direito de Jürgen Habermas a partir de
considerações críticas de Karl Otto-Apel

Juliana Amorim de Souza

Brasília
2006.

JULIANA AMORIM DE SOUZA

**DIREITO, MORAL E DEMOCRACIA:
Reflexões sobre a concepção de Direito de Jürgen Habermas a partir de
considerações críticas de Karl Otto-Apel**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito parcial à obtenção
do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Miroslav Milovic.

Brasília
2006.

Após sessão pública de defesa desta Dissertação de Mestrado, a candidata foi considerada aprovada pela Banca Examinadora.

Miroslav Milovic
Professor Doutor
Orientador

Esdras Neves Almeida
Professor Doutor
Membro

Menelick de Carvalho Netto
Professor Doutor
Membro

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Professor Doutor
Membro Suplente

Brasília-DF, 28 de junho de 2006.

*Para minha mãe, Eunice Pereira Amorim
Carvalhido, com amor e imensa gratidão pelo
seu exemplo de vida e apoio constante.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Miroslav Milovic, pelo tempo e pela atenção a mim dedicados em sua valiosa orientação.

Ao Professor Marcelo Neves, pelas lições compartilhadas e reflexões preciosas que tanto me inspiraram na redação deste trabalho.

Ao Professor Menelick de Carvalho Netto, pelas relevantes considerações e pelo incentivo a mim dispensado.

Aos Professores Marcus Faro e Cristiano Paixão, pelo trabalho realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em especial à Lia, pelo apoio e atenção que me foram conferidos ao longo deste Mestrado.

Em especial, agradeço à minha família, pelo amor e pelo suporte sempre presentes em minha vida.

Por fim, registro, uma vez mais, meu eterno agradecimento ao meu Deus.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se à explicitação da concepção de Direito na ótica de Habermas, em especial sua relação com a Moral e a Democracia. Para Habermas, o Direito ocupa posição de destaque na teoria crítica na medida em que desempenha, com primazia, a função integradora social nas sociedades complexas atuais. Especificamente, busca-se esclarecer o conceito de Direito para o autor, considerando-se a redefinição empreendida, por ele, entre sua Teoria da Ação Comunicativa e sua Teoria Discursiva do Direito, segundo a qual o Direito passou de meio ou instituição a mediador entre facticidade e validade, compreendidas enquanto sua tensão estrutural. Objetiva-se esclarecer as relações do Direito com a Moral e a Democracia, no que concerne às convergências e distinções, a partir do princípio do discurso. Faz-se referência a um possível diálogo crítico entre Habermas e Apel acerca da concepção discursiva de Direito. Isso se dá a partir do confronto da teoria habermasiana com a ética do discurso de Apel, em especial a partir de duas críticas à arquitetura da diferenciação do discurso elaborada por Habermas na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, consistentes nas problemáticas: (i) da neutralidade do princípio do discurso; e (ii) da identidade entre os princípios do direito e da democracia. A partir desse diálogo, são apresentadas algumas considerações críticas, à guisa de conclusão, sobre o conceito habermasiano de Direito, destacando-se alguns pontos entendidos como fragilidades, tais como o consensualismo exacerbado e o confronto ínsito ao Direito entre consenso e coerção.

Palavras-chave: Direito - Moral- Democracia- Teoria Crítica – Ética do Discurso- Habermas- Apel.

ABSTRACT

This paper is dedicated to the explanation of the concept of Law from the perspective of Habermas, particularly its relationship with Moral and Democracy. For Habermas, the Law holds a prominent position in critical theory as it plays, with primacy, the role of social integrative function in complex societies today. Specifically, it seeks to clarify the concept of Law to the author, considering the redefinition undertaken by him between his Theory of Communicative Action and its discourse of Law, in which Law is defined as institution and, after, intermediary structure between facticity and validity, understood as a structural tension. The purpose of the research is, moreover, to clarify the relations among Law, Moral and Democracy, in terms of convergence and distinctions from the perspective of the principle of discourse. Reference is made to a possible critical dialogue between Habermas and Apel about the discursive conception of Law. This happens from the confrontation of the Habermasian theory with two critical observations made by Apel regarding his conception of the architectural differentiation of discourse elaborated in "Law and Democracy: between facticity and validity", namely the issues of; (i) the principle of neutrality, and (ii) the principle of discourse and identity, proposed by Habermas. From this dialog, there are some critical considerations on the Habermasian concept of law, including some points perceived as weaknesses, such as consensualism exacerbated and the confrontation between consensus and coercion that is characteristic of Law.

Keywords: Moral- Law-Democracy –Critical Theory –Discourse Ethics – Habermas- Apel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.10
 1 – PRESSUSPOSTOS TEÓRICOS GERAIS DA FILOSOFIA HABERMASIANA: RAZÃO COMUNICATIVA E TEORIA SOCIAL.....	 p.15
1.1 Teoria da ação comunicativa e pragmática universal.....	p.15
1.2 Ação comunicativa e discurso.....	p.26
1.3 Paradigma do entendimento e racionalidade comunicativa.....	p.38
1.4 Sistema e mundo da vida.....	p.45
1.5 Ética discursiva.....	p.49
 2– O DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA.....	 p.55
2.1. A evolução do direito no modelo habermasiano.....	p.55
2.1.1. <i>A evolução social enquanto desenvolvimento da consciência moral.....</i>	<i>p.55</i>
2.1.2. <i>Os estádios de evolução do Direito.....</i>	<i>p.60</i>
2.2. O Direito como desconexão entre sistema e mundo da vida.....	p.63
2.3. A juridicização como tendência de colonização do mundo da vida.....	p.68
2.4. O Direito enquanto meio e instituição e a questão de sua legitimidade.....	p.75
2.5. Direito, Moral e as <i>Tanner Lectures</i>	p.79
2.6. A racionalidade procedimental do Direito e a relação entre Direito, Política e Moral.....	p.89
 3 – A CONCEPÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO SEGUNDO HABERMAS.....	 p.94
3.1. Da razão prática à razão comunicativa.....	p.98
3.2. Entre facticidade e validade: a tensão estrutural do Direito.....	p.101
3.3. As dimensões de validade do Direito.....	p.110
3.3.1. <i>Legalidade e processo de normatização do Direito.....</i>	<i>p.111</i>
3.3.2. <i>Da redefinição do conceito de Direito: o Direito como medium da tensão entre facticidade e validade.....</i>	<i>p.117</i>
3.4. A redefinição da relação entre Moral e Direito na Teoria Discursiva.....	p.122

3.5. O fundamento do Direito no paradigma jurídico procedimental.....	p.129
---	-------

4 – REFLEXÕES SOBRE A CONCEPÇÃO DE DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS A PARTIR DE DUAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE KARL OTTO-APEL.....

4.1. Um pressuposto necessário para o diálogo crítico acerca da concepção discursiva do Direito: o conceito da ética discursiva.....	p.138
--	-------

4.2. A concepção de Habermas: o conceito de Direito e suas relações com a Moral e a Democracia.....	p.141
---	-------

4.3. Duas considerações críticas formuladas por Karl Otto-Apel acerca concepção discursiva de Direito de Jürgen Habermas.....	p. 147
---	--------

4.3.1. <i>A crítica à tese da neutralidade do princípio do discurso.....</i>	p. 148
--	--------

4.3.2. <i>A problemática da tese da identidade entre princípio jurídico e princípio democrático.....</i>	p. 155
--	--------

CONCLUSÃO.....	p.161
-----------------------	-------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p.169
--	-------

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR.....	p.174
---------------------------------------	-------

INTRODUÇÃO

JÜRGEN HABERMAS pertence à classe dos filósofos vivos que dispensam apresentação, sendo, sem dúvida, um daqueles poucos pensadores contemporâneos cujo nome seja tão conhecido e cujas idéias sejam tão citadas e debatidas. Tal fato deve-se à extensão e à variedade de seus interesses filosóficos, bem como à intensidade de seu envolvimento com as mais diversas questões práticas da vida social, tais como a análise da complexa política contemporânea em um mundo cada vez mais interdependente, os limites da natureza humana, as relações entre Direito e Democracia e a sociedade em tempos de terror, dentre outros.

Em razão de referida variedade de interesses perseguidos, a compreensão da obra de HABERMAS, não sem razão, é muitas vezes fragmentada, sendo o autor percebido e mencionado em suas diversas facetas: sociólogo, filósofo moral, teórico do direito, filósofo da linguagem, crítico social, analista político, cidadão do mundo ou mesmo polemista de renome.

De fato, a obra de HABERMAS pode ser entendida como um catalisador de novas discussões sobre os temas básicos da filosofia e da teoria social, em uma tentativa bem sucedida de elaboração de uma filosofia sistemática capaz de conseguir, no estágio atual do conhecimento, uma reconciliação entre as ciências sociais e as questões pungentes na sociedade, além de fomentar um diálogo acadêmico que ultrapassa os limites estritos particulares das disciplinas do saber, sendo, em seu conjunto, um dos esforços intelectuais mais originais e coerentes tendentes à elaboração de uma filosofia que se coaduna com o espírito pós-metafísico que caracteriza o tempo atual.

Registre-se que, ao longo dos anos, a produção escrita habermasiana foi adquirindo uma dimensão monumental, fato esse que, aliado à sua considerável complexidade conceitual e à sua capacidade de abstração, torna sua compreensão trabalhosa. BÁRBARA FREITAG¹, certa feita, afirmou que ler HABERMAS constitui um verdadeiro “teste vocacional”:

O leitor de Habermas dará razão a Weber: a vocação para as ciências sociais exige paixão, dedicação à causa e veracidade do pesquisador. Mas exige, antes de tudo: trabalho árduo. Ler Habermas é trabalho que exige preparo e tempo. Preparo, no sentido real e metafórico; tempo, em termos de preciosas e inúmeras horas de nossa vida para a leitura de sua vasta obra. Cumprir a tarefa não significa apenas terminar o texto; também é preciso compreendê-lo, no sentido weberiano de “*Verstehen*”. E, para compreender Habermas, é preciso conhecer bem as ciências sociais e áreas afins. Por isso, ler Habermas dá trabalho; quem consegue ler e compreender Habermas muito provavelmente tem vocação para as ciências sociais. (itálico original)

Pois bem, aceito o “teste vocacional”, e dada a impossibilidade material de dar conta de toda a extensão das reflexões jurídicas do autor frankfurtiano, necessariamente há que se proceder a um corte epistemológico, pelo que este trabalho dedica-se à explicitação da concepção de Direito na ótica de HABERMAS, em especial sua relação com a Moral e a Democracia.

Para HABERMAS, o Direito ocupa posição de destaque na teoria crítica na medida em que desempenha com primazia a função integradora social nas sociedades complexas atuais. Especificamente, busca-se esclarecer o conceito de Direito para o autor, considerando-se a redefinição empreendida por ele entre sua Teoria da Ação Comunicativa e sua Teoria Discursiva do Direito, segundo a qual o Direito passou de meio ou instituição a mediador entre facticidade e validade, compreendida enquanto sua tensão estrutural.

¹ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 196.

Objetiva-se, ademais, esclarecer as relações do Direito com a Moral e a Democracia, no que concerne às convergências e distinções a partir do princípio do discurso.

Imersa nesse contexto, a justificativa substancial desta dissertação está na necessidade de realizar uma abordagem sistemática da concepção de Direito partilhada por HABERMAS, com vistas a demonstrar o conceito e o papel desempenhado pelo Direito na Modernidade. Pretende-se responder à seguinte questão central: como fundamentar princípios normativos que configurem a vida comum em sociedades plurais e complexas de tal forma que sejam respeitadas as diferentes concepções de mundo nela existentes?

Quanto à metodologia de investigação adotada para o desenvolvimento desta dissertação, utilizou-se, basicamente, a técnica da pesquisa bibliográfica, pela qual, de forma dedutiva e indutivamente, foram selecionados e organizados os elementos de conteúdo, de modo reconstrutivo. Referidos dados foram dimensionados na perspectiva de realização de um aporte analítico que, partindo do relato descritivo das formulações teóricas, procurou efetivar uma discussão de modo sistematizado acerca do tema proposto.

Nesta perspectiva, o presente trabalho dissertativo é composto de quatro capítulos a seguir detalhados em seus aspectos.

O Capítulo 1 dedica-se à retomada dos pressupostos teóricos gerais da teoria habermasiana, os quais, por certo, são necessários ao entendimento da filosofia de HABERMAS no seu aspecto jurídico. Assim, levando em consideração o contexto intelectual da filosofia de nosso autor, em especial seu caráter crítico marcadamente comprometido com pretensões emancipatórias, serão abordadas as categorias fundamentais expostas na sua Teoria da Ação Comunicativa aplicáveis no âmbito do mundo jurídico em sua posterior Teoria Discursiva do Direito. Nesse sentido, serão abordadas as noções principais da racionalidade comunicativa com referência à teoria da

ação comunicativa e pragmática universal; à ação comunicativa e ao discurso; ao paradigma do entendimento e à racionalidade comunicativa; e ao sistema e mundo da vida. Serão traçados, ademais, ainda que de modo sucinto, os princípios distintivos da ética discursiva na formulação de HABERMAS.

Por sua vez, o Capítulo 2 trata de especificar alguns pontos centrais da Teoria da Ação Comunicativa, publicada em 1987. Nessa obra, HABERMAS empreende uma reconstrução da racionalidade humana por meio da análise das condições universais da comunicação e concebe o Direito a partir de uma relação de complementaridade com a Moral, definindo-o numa dialética entre meio e instituição. Este estudo subdivide-se em seis itens que abordam os temas dos estádios de evolução do direito no modelo habermasiano, entendido no contexto da evolução social referida nos termos de uma psicologia cognitivista como paralela ao desenvolvimento da consciência moral. O entendimento de HABERMAS acerca do Direito moderno passa, ainda, pelas questões de suas relações com o sistema, o mundo da vida, e a Moral no paradigma de uma racionalidade procedimental do Direito.

Para a melhor compreensão da filosofia do Direito habermasiana, procedeu-se à divisão do pensamento do autor em dois períodos, sendo o marco divisor a publicação do livro *“Direito e democracia: entre facticidade e validade”*, em 1992. A filosofia referente ao período anterior a 1992 será apresentada, como já apontado no capítulo 2, sendo o Direito visto a partir da teoria da ação comunicativa. A filosofia do Direito de HABERMAS pós-1992 será enfatizada no Capítulo 3, em que se faz referência à uma ruptura do modo de conceber a relação entre Moral e Direito, enfatizada a partir da análise da tensão entre facticidade e validade, em uma abordagem procedimental do Direito. A modificação do entendimento acerca dos vínculos entre normas jurídicas e morais implica,

por sua vez, uma redefinição do conceito de Direito no âmbito a Teoria Discursiva de HABERMAS.

Por entender que em sociedades pós-metafísicas o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências não metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, HABERMAS recorre ao *princípio do discurso*, o qual expressa as exigências pós-convencionais de fundamentação tanto de normas jurídicas quanto morais. A análise do referido princípio de acordo com o pensamento habermasiano irá nortear a abordagem reconstrutiva das concepções de Direito, Moral e Democracia no capítulo 3.

No Capítulo 4, procura-se fazer referência a um possível diálogo crítico entre HABERMAS e APEL acerca da concepção discursiva de Direito. Isso se dá a partir do confronto da teoria habermasiana com duas críticas pontuais específicas formuladas por APEL em relação à arquitetura da diferenciação do discurso elaborada em “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”, consistentes na problemática da proposta de HABERMAS de neutralidade do princípio do discurso e da identidade entre os princípios do direito e da democracia. A partir desse diálogo, são apresentadas algumas considerações críticas, à guisa de conclusão, sobre o conceito habermasiano de Direito, destacando-se alguns pontos entendidos como fragilidades, tais como o consensualismo exacerbado e o confronto ínsito ao Direito entre consenso e coerção.

1 – PRESSUSPOSTOS TEÓRICOS GERAIS DA FILOSOFIA HABERMASIANA: RAZÃO COMUNICATIVA E TEORIA SOCIAL

A teoria do direito de HABERMAS, bem como sua jusfilosofia, pode ser compreendida a partir da aplicação dos postulados gerais de sua teoria da ação comunicativa², concebida como uma teoria da racionalidade humana construída por intermédio da análise das condições universais da comunicação. Isso porque, nessa obra, o autor alemão apresentou um potente aparato conceitual que foi sendo posteriormente trasladado para outras esferas de conhecimento e estudo, inclusive para o âmbito do mundo jurídico, em sua teoria discursiva do direito.

Nesse sentido, mostra-se necessário, inicialmente, fazer referência a alguns desses conceitos para o alcance do objetivo a que se propõe a presente dissertação, qual seja, esclarecer a concepção habermasiana de Direito, confrontando-a de modo crítico. Para tanto, serão abordadas as noções principais da racionalidade comunicativa expressas na síntese dos seguintes temas: (i) teoria da ação comunicativa e pragmática universal, (ii) ação comunicativa e discurso, (iii) paradigma do entendimento e racionalidade comunicativa, (iv) sistema e mundo da vida e (v) ética discursiva.

1.1 Teoria da ação comunicativa e pragmática universal

Em sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*, publicada em 1981, HABERMAS realiza uma análise profunda da teoria da ação e de seu fundamento racional, com vistas à reformulação do conceito de razão prática. A teoria da ação comunicativa,

² Cf. GARCIA AMADO, Juan Antônio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, p. 18.

segundo o autor, pode ser entendida como um “princípio de uma teoria da sociedade que se esforça para dar razão aos cânones críticos de que faz uso”³ e tem por objetivo abordar: a) um conceito de racionalidade comunicativa capaz de substituir a “redução cognitivo-instrumental da razão”⁴; b) um “conceito de sociedade articulado em dois níveis que associe os paradigmas do mundo da vida e do sistema”⁵; c) “uma teoria crítica da modernidade que explique as patologias sociais que se tornam cada vez mais visíveis, mediante a hipótese de que os âmbitos de ação comunicativamente estruturados submetem-se aos imperativos de sistemas de ação formalmente organizados”⁶, com o intuito de promover uma reconstrução do projeto iluminista.

Pode-se afirmar que a concepção de uma filosofia pragmática da linguagem adquire uma nova dimensão com as contribuições apresentadas por HABERMAS de uma Pragmática Universal e, em seguida, de uma Teoria da Ação Comunicativa. Mediante a consideração do elemento comunicativo da razão, HABERMAS produz uma revisão conceitual da teoria crítica da sociedade e contrapõe à *racionalidade instrumental*, vinculada à definição de fins e meios para obtê-los (sendo, portanto, orientada ao sucesso), uma *racionalidade comunicativa*, que teria uma função emancipadora na sociedade. Referido tipo de racionalidade se constituiria a partir dos pressupostos da interação e da linguagem, tendo por função possibilitar o entendimento entre os indivíduos, a negociação de seus interesses e a formação do consenso na sociedade.

O marco teórico dessa concepção da racionalidade prática de HABERMAS caracteriza-se pela influência de vários autores clássicos da teoria da ação social, tais como

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 9.

⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵ *Ibidem*, p. 10

⁶ *Ibidem*, p.10

E. DURKHEIM, M. WEBER, G.H. MEAD E T. PARSONS, tendo sido influenciado, ainda, pelo denominado “giro lingüístico”⁷ da filosofia contemporânea e pelo “giro pragmático”⁸ levado a efeito pela filosofia da linguagem a partir do segundo WITTGENSTEIN, que introduziu a noção de jogo de linguagem⁹ e desenvolveu a concepção de significado como uso¹⁰, sobretudo em suas *Investigações Filosóficas*, a qual pode ser considerada como pragmática¹¹.

Conforme destaca MIROSLAV MILOVIC, WITTGENSTEIN realiza a transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, a partir da qual a questão da linguagem é desenvolvida em direção à idéia da pragmática da linguagem, em

⁷ Referida expressão designa uma mudança de paradigma no pensamento filosófico ao longo do século XX segundo a qual a linguagem assume status de relevância como referência informadora da abordagem das questões filosóficas. Razão e linguagem se identificam de tal maneira que esta última assume a posição de único meio racional disponível para o conhecimento da realidade, sendo, portanto, considerada uma condição de possibilidade do conhecimento. Significa, em síntese, a transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. A propósito, confira-se: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, pp. 53-58.

⁸ Segundo Milovic, a “reviravolta pragmática, que pressupõe uma específica transformação da filosofia kantiana, leva a um dos pontos decisivos do pensamento filosófico contemporâneo, qual seja, à idéia de comunidade de comunicação. A linguagem interpretada pela reviravolta lingüística, como o novo meio da reflexão filosófica, torna-se uma forma de compreensão por meio da reviravolta pragmática entendida como a próxima transformação da filosofia de Kant. A principal questão nas teorias de Apel e Habermas passa a ser exatamente como isso se torna possível. Cf. MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 181. Confira-se ainda: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, pp. 65-135.

⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, § 7. A noção de jogos de linguagem estipula que as expressões lingüísticas são sempre utilizadas em um contexto de interação entre falante e ouvinte, que as empregam com um objetivo determinado, não sendo, portanto, o significado algo fixo e determinado.

¹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, § 23. Wittgenstein, em sua segunda fase, defende que significado de uma palavra não deve ser entendido como determinado ou como uma propriedade imanente à própria palavra, mas sim como a função que as expressões lingüísticas exercem em um contexto e com objetivos específicos. Desse modo, o significado pode assumir diferentes feições dependendo do contexto em que a palavra é utilizada, bem como do propósito de seu uso. Segundo o filósofo austríaco, as palavras não usadas primordialmente para a descrição da realidade, tal como na semântica tradicional, mas para realizar algum objetivo como, por exemplo, uma ordem, um pedido, uma indagação, etc.

¹¹ MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2005, p. 13.

que são problematizados os temas da intersubjetividade e da auto-reflexão¹². O conceito de intersubjetividade, ou seja, de uma subjetividade constituída pela interação social, assume, assim, o lugar da subjetividade entendida como originária e anterior à linguagem.

Para tanto, foi decisiva a influência de KARL-OTTO APEL¹³, que já havia denominado de “transformação” na filosofia a mudança decorrente da passagem da filosofia moderna, em que as noções de subjetividade e de consciência desempenham um papel central, para a filosofia contemporânea. Nesse novo marco do pensamento filosófico, entende-se que a própria subjetividade é, em certa maneira, constituída pela linguagem, pela capacidade do indivíduo tornar-se sujeito lingüístico.

Referida mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, refletida no pensamento de HABERMAS, é descrita por ALBRECHT WELLMER¹⁴ como a tradução

(.) do projeto de uma teoria crítica da sociedade desde o marco conceitual da filosofia da consciência, adaptada a um modelo de sujeito-objeto de cognição e ação, ao marco conceitual de uma teoria da linguagem e da ação comunicativa.

Nesse contexto, assume relevância a *teoria dos atos da fala (speech act)*, preconizada por J.L.AUSTIN e sistematizada por J. R. SEARLE, que serviu de base para o projeto habermasiano da pragmática universal. Para AUSTIN, a função fundamental da linguagem não é descrever reflexivamente o mundo, mas sim comunicar¹⁵. Essa teoria foi

¹² MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, pp. 181-182.

¹³ COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹⁴ *Apud* VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, pp. 32-33.

¹⁵ COSTA, Cláudio. *Filosofia da linguagem*. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 43. Para maior aprofundamento na teoria dos atos da fala de Austin, confira-se: *Quando dizer é fazer- palavras e ação*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho, Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

elaborada em substituição à denominada teoria dos performativos, a qual, por razões de precedência, será aqui abordada primeiramente.

A *teoria dos performativos*¹⁶ tem como base os chamados proferimentos (*utterances*), que são atos de emissão de frases realizados por falantes para ouvintes em situações concretas. Esses atos de emissão podem ser distinguidos em duas espécies, a saber: os proferimentos constatativos, com os quais constatamos ou afirmamos algo; e os proferimentos performativos, com os quais realizamos ações. Os primeiros podem ser caracterizados como verdadeiros ou falsos, enquanto os segundos, como felizes (bem sucedidos) ou infelizes (malogrados).

AUSTIN classificou, ainda, os proferimentos performativos como explícitos e implícitos ou primários. Os explícitos são aqueles proferimentos expressos mediante verbos tipicamente performativos, tais como pedir, prometer e proibir. Os implícitos ou primários, de modo diverso, não possuem tais verbos em sua estrutura, sendo a indicação do tipo de ação realizada nas circunstâncias envolvidas no caso.

Segundo destaca CLÁUDIO COSTA, AUSTIN, na lição XI de seu trabalho intitulado *How to do things with words*, expõe suas razões para o abandono da distinção entre performativo e constatativo aduzindo que os proferimentos constatativos também contêm aspectos performativos e vice-versa. Com essa explicação, AUSTIN propõe a teoria dos atos da fala, também denominada teoria das forças ilocucionárias.

De acordo com essa teoria, é possível estabelecer a estrutura básica de todo ato de fala¹⁷, que, por sua vez, é dupla, formada pelos elementos proposicional e

¹⁶ COSTA, Cláudio. *Filosofia da linguagem*. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, pp. 43-46.

¹⁷ Ato de fala, segundo Milovic, é a unidade primeira da comunicação. In MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 196. Habermas distingue os atos de fala das atividades meramente não

performativo. Considerando os efeitos provocados pela emissão de ato de fala, AUSTIN distingue três tipos de atos ou elementos presentes em cada ato bem sucedido: ato locucionário, ato ilocucionário e ato perlocucionário.

O ato locucionário é o ato “de” dizer algo, de proferir uma sentença com sentido. Esse ato pode ser decomposto em três outros elementos¹⁸, a saber: a) um ato fonético, que consiste na emissão de uma seqüência de fonemas; b) um ato fático, que corresponde à emissão de uma seqüência de palavras organizadas em concordância com uma gramática; e c) um ato rético, que consiste na emissão de uma seqüência de palavras com sentido e referência. De acordo com COSTA¹⁹, “embora cada um desses atos pressuponha o anterior, nenhum deles pressupõe o que segue”.

O ato ilocucionário, por seu turno, é aquele realizado “ao” se dizer algo, isto é, é a ação que um falante realiza com sua fala, como, por exemplo, ordenar, perguntar, prometer, etc. Esse tipo de ato depende da força convencional²⁰ a que se associa, fixando o modo de emprego de uma oração assim como o sentido da ação em si mesma.

Por fim, o terceiro ato geralmente realizado em um proferimento, o ato perlocucionário, consiste no efeito ou conseqüência do ato ilocucionário, ou seja, o efeito provocado no mundo “porque” se diz algo. Em outras palavras, é o efeito que o falante busca provocar sobre os sentimentos, pensamentos ou ações do ouvinte com suas palavras.

MILOVIC, ao discorrer sobre esse tema, ressalta que o intento de HABERMAS, a partir da análise de SEARLE, é “demonstrar a possibilidade da

lingüísticas nos seguintes termos: “Os atos de fala distinguem-se das atividades meramente não lingüísticas, em primeiro lugar, através da feição reflexiva da auto-interpretação e, em segundo lugar, através dos tipos de fins que podem ser visados, bem como através do tipo de sucessos que podem ser conseguidos” In HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 67.

¹⁸ COSTA, Cláudio. *Filosofia da linguagem*. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 47.

¹⁹ *Ibidem*, p.47.

²⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p. 34.

comunicação racional, isto é, a possibilidade de decidir no sentido discursivo em assuntos da razão humana”²¹. Assevera, ainda, que a *estrutura dupla da comunicação* ora mencionada é interpretada por HABERMAS²² como a diferença entre os dois níveis de comunicação²³, assim descritos pelo autor alemão:

a) o nível da intersubjetividade no qual o locutor e o ouvinte comunicam-se *mutuamente*; e b) o nível dos objetos sobre os quais eles buscam chegar num acordo (por objetos, entendendo coisas, eventos, estados, indivíduos, afirmações e condições dos indivíduos) (destaque original)

A partir dessa compreensão acerca da posição precípua da linguagem, HABERMAS propõe-se a esclarecer os fundamentos de uma teoria crítica²⁴ da sociedade na linguagem enquanto comunicação, isto é, enquanto agente mediático das relações sociais. Nesse contexto, referidos fundamentos devem ser derivados das próprias condições constitutivas da comunicação, tendo uma feição normativa decorrente de seu papel crítico. Para isso, HABERMAS propõe, inicialmente, uma Teoria da Pragmática Universal, distinta

²¹ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 197.

²² HABERMAS, Jürgen. *apud* MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 197

²³ *Ibidem*, p. 197.

²⁴ A teoria crítica está ligada à idéia crítica kantiana na medida em que se preocupa em afirmar pretensões legítimas da razão, bem como em negar suas pretensões infundadas. A propósito, confira-se: RABAÇA, Sílvio Roberto. *Variantes críticas: a dialética do conhecimento e o legado da Escola de Frankfurt*. São Paulo: Annablume, 2004, p. 13. A teoria crítica pode ser definida como uma crítica social iniciada pelos denominados “hegelianos de esquerda”, tais como Marx e Feuerbach, dentre outros, que se opõem à teoria tradicional apresentada ora em forma de ontologia ora como teoria do conhecimento. Referido modo de reflexão crítica adotou uma forma específica nos idos dos anos 30 e 40 do século passado no Instituto de Investigação Social radicado em Frankfurt, cujos integrantes foram também conhecidos como a Escola de Frankfurt. Para um maior aprofundamento no estudo da escola filosófica mencionada confira-se: WIGGERSHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Tradução do alemão por Lilyane Deroche-Gurgel; Tradução do francês por Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Difel, 2002. e MATOS, Olgária C F. *A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do Iluminismo*. São Paulo: Moderna, 2003.

da pragmática transcendental de APEL, entendida como o primeiro passo²⁵ em direção à Teoria da Ação Comunicativa, que visa estabelecer as condições de possibilidade da comunicação em um sentido universal.

Conforme ressaltado por HABERMAS no seu artigo intitulado *Que significa pragmática universal?*²⁶, o objetivo básico da pragmática universal é identificar e reconstruir as condições universais do entendimento possível, sendo a linguagem o meio específico de seu alcance, ou seja, o instrumento de coordenação da ação humana indispensável à compreensão do sentido da ação social. Por sua vez, as condições do entendimento possível coincidem com os pressupostos universais da ação comunicativa, a qual pode ser definida como o tipo de ação orientada ao entendimento. Referida ação ocupa uma posição central na teoria habermasiana na medida em que as outras formas de ação social podem ser consideradas como derivações ou distorções de sua essência.

Assim, para HABERMAS, a pragmática universal visa esclarecer as condições que geralmente precisam ser satisfeitas em quaisquer ações comunicativas na linguagem natural. Esse projeto mostra-se importante, para o autor tedesco, ao expor as condições de possibilidade de comunicação em caráter permanente, as quais refletiriam as estruturas normativas das sociedades em geral.

Em face de sua vinculação essencial à teoria das forças ilocucionárias, o esclarecimento dessas condições é feito por HABERMAS a partir de sua classificação dos atos da fala²⁷ em quatro classes fundamentais, assim sintetizadas por MILOVIC²⁸:

²⁵ MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2005, p. 38.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Qué significa pragmática universal? *In Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1994, pp. 299-368.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, Madrid: Taurus, 1988, pp. 407-419.

- a) a classe dos atos *comunicativos*, que explica o sentido das afirmações como tais, logo, como elemento performativo do ato da fala;
- b) a classe dos atos *constativos*, que explica o sentido das proposições como tais, logo, como elemento proposicional do ato da fala;
- c) a classe dos atos *representativos*, que explica o sentido da expressão das experiências do interlocutor;
- d) a classe dos atos *regulativos*, que explica o sentido da relação que os membros, em um diálogo, aceitam como regra. (grifos originais)

Essas quatro classes de atos da fala representam as possíveis relações sociais que se estabelecem em relação ao mundo, seja ele objetivo, subjetivo ou social, sendo “decisiva” a tese sobre o específico poder ilocutivo do elemento performativo do ato da fala, segunda a qual “em cada uma dessas classes há a reivindicação de validade sobre a qual os membros na comunicação podem decidir discursivamente”²⁹.

A análise das classes dos atos da fala contribui, dessa forma, para a elucidação das mencionadas condições universais da ação comunicativa, conforme ressaltado por CLÁUDIO COSTA³⁰:

O exame do que caracteriza cada uma das quatro espécies de ato proporciona o fio condutor para a descoberta das condições universais da ação comunicativa; essas condições são as pretensões de validade *tematizadas* em cada espécie de ato. (grifo original)

Segundo HABERMAS, são quatro as pretensões de validade (*Geltungsansprüche*) que se vinculam às quatro classes de atos da fala: inteligibilidade,

²⁸ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 197.

²⁹ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 198.

³⁰ COSTA, Cláudio. *Filosofia da linguagem*. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 51.

verdade, sinceridade (ou veracidade) e correção. Essas pretensões são pressupostos do funcionamento bem sucedido da linguagem e determinam as expectativas que falantes e ouvintes compartilham ao participarem de uma interação, de uma troca lingüística.

Nos atos de fala comunicativos, a pretensão de validade tematizada é a da inteligibilidade, que consiste na pretensão de se estar expressando de forma compreensível, estando as orações empregadas em conformidade com as regras gramaticais. Nos atos de fala constataativos, a pretensão em destaque é a de verdade, pelo que o falante pretende verdade para o conteúdo proposicional enunciado ou para as pressuposições de existência do referido conteúdo. Já nos atos de fala regulativos, a pretensão em tema é a de correção, no sentido de que o falante deve pretender que o conteúdo do ato lingüístico se ajuste a um determinado contexto normativo (ou de valores)³¹ reconhecido socialmente como válido. Por fim, nos atos de fala regulativos, a pretensão em questão é a de sinceridade ou veracidade, pela qual a intenção manifesta do locutor se expresse da mesma forma como exteriorizada.

HABERMAS³² destaca que, em todo ato da fala, podem estar presentes simultaneamente as quatro pretensões de validade, que são universais. O que diferencia as pretensões de validade não é, portanto, sua existência naquele ato, mas sim qual delas é nele enfatizada.

A universalidade das pretensões de validade acima exposta, para o autor alemão, tem razão de ser no lugar sistemático que ocupa a linguagem, tendo em vista que esta constitui um *medium* no qual os falantes se limitam contra quatro domínios da realidade: natureza externa, sociedade, natureza interna e a própria linguagem.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2 ed., Madrid: Cátedra, 1994, p. 365.

³² *Ibidem*, p. 365.

Por *natureza externa*, HABERMAS entende “o fragmento objetivado de realidade que o falante adulto, ainda que de modo indireto, pode perceber e tratar manipulativamente”³³ todos os objetos e estados de coisa acessíveis pela experiência sensível. Já o termo *sociedade* designa “aquele fragmento de realidade simbolicamente preestruturante que o sujeito adulto pode entender em uma atitude não voltada a fins, ou seja, como agente que atua comunicativamente como participante de um sistema de comunicação”³⁴. *Natureza interna*, por sua vez, é entendida pelo autor como “todas as intenções que podem expressar em cada caso *minhas vivências*”³⁵, ou seja, as experiências pessoais de cada indivíduo.

Nessa atitude expressiva, o sujeito se reconhece como subjetividade e também como uma “instância que, simultaneamente no conhecimento, na linguagem e na interação social, transcende a subjetividade”³⁶. A linguagem propriamente dita mostra-se como uma região *sui generis*, na medida em que é um meio capaz de tornar a si próprio objeto.

A posição de destaque da linguagem e sua relação com as pretensões de validade dos atos da fala como premissas da comunicação é destacada por HABERMAS³⁷ nos seguintes termos:

Essa universalidade das pretensões de validade que são inseridas na estrutura do discurso pode ser explicada a partir da posição sistemática da linguagem: no discurso, todos os quatro aspectos são colocados na agenda do dia – a natureza exterior, a sociedade, a natureza interior e a própria linguagem.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2 ed., Madrid: Cátedra, 1994, p. 366.

³⁴ *Ibidem*, p. 366.

³⁵ *Ibidem*, p. 366.

³⁶ *Ibidem*, p. 366.

³⁷ HABERMAS, Jürgen *apud* MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 199.

VELASCO ARROYO³⁸ destaca, ademais, que “as condições de possibilidade da linguagem não são metafísicas, mas meramente pragmáticas, isto é, imanentes à práxis comunicativa”.

Assim, tem-se que as pretensões de validade marcam as relações entre os falantes e os domínios da realidade, sendo condição necessária para o êxito da comunicação em geral. Em especial, a pretensão de inteligibilidade é imanente à própria linguagem, como condição de comunicação, na medida em que implica tanto a concordância gramatical das orações quanto à consistência dos enunciados formulados. As demais pretensões de validade referem-se à posição do falante em relação aos enunciados e domínios da realidade e ao estado de coisas extralingüístico, estando em um nível subjacente ao da inteligibilidade.

1.2 Ação comunicativa e discurso

E como avaliar se uma pretensão de validade é legítima? A resposta a essa pergunta passa pela proposta de HABERMAS de que a linguagem não funciona³⁹ somente como comunicação, como interação, mas também como uma forma de livre discussão. A partir dessa premissa, o autor distingue entre ação comunicativa e discurso.

³⁸ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.35.

³⁹ Habermas afirma que a comunicação lingüística se desenvolve entre os participantes em dois planos de comunicação: o plano da intersubjetividade, no qual são entabuladas relações pessoais, e o plano das experiências e estados de coisas que constituem o conteúdo da comunicação. O autor distingue, ainda, três usos da linguagem ou modos de comunicação: uso interativo, uso cognitivo e uso expressivo. No uso interativo, é tematizada a relação interpessoal dos participantes da comunicação, enquanto nos usos cognitivo e expressivo os temas são o conteúdo proposicional da emissão e a intenção do falante, respectivamente. A propósito, confira-se: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2 ed., Madrid: Cátedra, 1994, pp. 350-359.

A ação comunicativa é definida por HABERMAS a partir da análise das teorias tradicionais da ação, com a retomada crítica, em especial, do legado weberiano. De acordo com HABERMAS, a teoria da ação de WEBER tem como conceito fundamental a idéia a partir da qual esse sociólogo distingue entre ações e comportamentos observáveis, sendo aquela assim definida como um comportamento humano a que o agente associa um sentido objetivo⁴⁰. O conceito de ação de WEBER seria, nesse contexto, estruturado monologicamente ao definir o sentido subjetivo como uma intenção pré-comunicativa de ação⁴¹.

WEBER distingue os tipos de ação social em: ação tradicional, ação afetiva, ação racional com respeito a valores e ação racional com respeito a fins. Tal classificação tem por parâmetro o grau de racionalização da ação.

A ação tradicional é aquela vinculada aos costumes arraigados na sociedade. A ação afetiva é aquela de forma emotiva, relacionada com os sentimentos e estados de ânimo do agente em um dado momento. A ação racional com respeito a valores, por sua vez, é aquela movida pela fé consciente no valor incondicionado de um determinado comportamento - seja esse valor ético, estético, religioso, ou qualquer outro - não tendo nenhuma relação com resultados provocados pela referida conduta. Por fim, a ação racional com respeito a fins é aquela determinada por expectativas de comportamentos, de objetos do mundo externo ou de outros homens, utilizando-se dessas expectativas como condições ou meios para a consecução de seus próprios fins, perseguidos racionalmente como resultado final.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 359.

⁴¹ *Ibidem*, p. 359.

A partir do pensamento de WEBER, HABERMAS⁴² promove uma redefinição do conceito de ação social, considerando inicialmente que

a necessidade de ação coordenada gera na sociedade uma determinada necessidade de comunicação a qual é mister cobrir para que seja possível uma efetiva coordenação de ações, imprescindível para a satisfação das necessidades.

Tendo por parâmetro o conceito de ação racional com respeito a fins, que, como dito, é aquela em que o agente se orienta primariamente para a consecução de uma meta definida e escolhe os meios adequados para tanto numa dada situação, HABERMAS introduz sua nova classificação da ação: a) ação racional com respeito a fins; e b) ação comunicativa. O primeiro tipo de ação mencionado distingue-se, ainda, em dois outros subtipos: ação instrumental e ação estratégica.

A *ação instrumental*, enquanto espécie da ação racional com respeito a fins, é aquela orientada ao êxito, considerada sob o aspecto de “observância de regras de ação técnicas”⁴³, bem como o “grau de eficácia da intervenção que essa ação representa em um contexto de estados e sucessos”⁴⁴. Por ela, o agente utiliza meios para a satisfação de seus interesses e necessidades, tendo por base regras técnicas.

A ação é definida como estratégica quando considerada sob o aspecto das regras de eleição racional, sendo avaliado seu grau de influência sobre as decisões de um oponente racional. Ou seja, pela *ação estratégica*, ocorre a “aplicação da racionalidade instrumental às relações interpessoais”, conforme ressaltado por NEVES⁴⁵. A ação

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 359.

⁴³ *Ibidem*, p. 367.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 367.

⁴⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 44. Texto

estratégica pode ser classificada, ainda, em aberta e encoberta. Esta última pode configurar um engano consciente, como uma manipulação, ou inconsciente, como comunicação sistematicamente distorcida⁴⁶. Observa, ainda, HABERMAS que as ações instrumentais podem ser associadas a interações sociais, ao passo que as ações estratégicas representam, por si mesmas, ações sociais⁴⁷.

Ação comunicativa, por sua vez, é aquela em que os agentes envolvidos não coordenam suas ações através de um cálculo egocêntrico de resultados, mas sim mediante atos de entendimento⁴⁸. Nas palavras de HABERMAS⁴⁹:

Na ação comunicativa os participantes não se orientam primariamente ao próprio êxito; antes perseguem seus fins individuais segundo a condição de que os seus planos de ação possam se harmonizar entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação. Daí que a negociação de definições da situação seja um componente essencial na tarefa interpretativa que a ação comunicativa requer.

E acrescenta o autor alemão que⁵⁰:

O conceito de ação comunicativa pressupõe a linguagem como meio dentro do qual tem lugar um tipo de processo de entendimento em cujo transcurso os participantes, ao se relacionarem com um mundo, se apresentam uns frente aos outros com pretensões de validade que podem ser reconhecidas ou postas em questão.

distribuído aos alunos do Curso de Tendências da Filosofia Jurídica e Social, ministrado no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP entre março e junho de 2005.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, Madrid: Taurus, 2003. p. 426. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 44.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 367.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 367

⁴⁹ *Ibidem*, p.367

⁵⁰ *Ibidem*, p. 143

Assim, a ação comunicativa pressupõe um meio lingüístico em que se refletem, como tais, as relações do ator com o mundo⁵¹ e a orientação para o entendimento, o qual pode ser definido como um processo de obtenção de um acordo que satisfaça as condições de um assentimento ao conteúdo de uma emissão racionalmente motivada entre sujeitos lingüística e interativamente capazes. Dessa forma, para HABERMAS, o acordo necessariamente deve ter uma base racional⁵², não sendo considerado como tal aquele imposto por alguma das partes, seja instrumental ou estrategicamente.

HABERMAS aponta, ademais, a existência de dois tipos de agir comunicativo: agir comunicativo em sentido fraco e agir comunicativo em sentido forte⁵³. O primeiro se dá quando o entendimento mútuo estende-se aos fatos e às razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais. Nesse tipo de agir, os agentes orientam-se apenas pelas pretensões de verdade e sinceridade. Já no segundo tipo, o entendimento mútuo estende-se às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins. Nesse caso, os agentes orientam-se também pela pretensão de correção normativa, sendo pressuposto em seu processo decisório não só o exercício do livre-arbítrio, mas também uma autonomia em sentido de liberdade de determinação da vontade com base em discernimentos normativos.

A distinção entre agir (ou ação) comunicativo e agir estratégico é explicitada por HABERMAS a partir do parâmetro da racionalidade comunicativa. Enquanto no agir comunicativo os agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 136.

⁵² *Ibidem*, p. 368.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 118.

lingüístico, ou seja, fazendo uso das forças de ligação ilocucionárias dos atos da fala⁵⁴, no agir estratégico não é utilizado o mencionado potencial de razão comunicativa.

De acordo com o autor⁵⁵ alemão, portanto:

(.) o agir comunicativo distingue-se do estratégico porque uma coordenação bem-sucedida da ação não depende da racionalidade teleológica das orientações da ação, mas da força racionalmente motivadora de realizações de entendimento, isto é, de uma racionalidade que se manifesta nas condições para um consenso obtido comunicativamente.

HUGH BAXTER⁵⁶, a respeito do critério de diferenciação entre agir comunicativo e estratégico, esclarece o pensamento do filósofo de Frankfurt afirmando, em síntese, que a diferença entre os citados tipos de ação seria determinada pelo mecanismo de coordenação atuante em cada uma delas. Na ação comunicativa, atua o mecanismo do entendimento (*Verständigung*). Já a coordenação da ação estratégica é realizada pelo mecanismo da influência⁵⁷ (*Einflußnahme*).

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 118.

A propósito, Habermas, a partir das lições de Austin reconstrói o conceito de força ilocucionária de um ato de fala afirmando que: “A reinterpretação pragmática da problemática da validade exige evidentemente a reviravolta completa daquilo que antes era tido como ‘força ilocucionária’ de uma ação de fala. Pois, Austin tinha compreendido a força ilocucionária como o componente irracional da ação de fala: o elemento racional era monopolizado pelo conteúdo da proposição assertórica (ou seja, pela sua forma nominalizada). O significado e a compreensão estavam concentrados unicamente nesse componente racional. A realização conseqüente da guinada pragmática opõe-se a isso, transformando as pretensões de validade em representantes de uma racionalidade que se apresenta como um conjunto estrutural abrangendo: condições de validade, pretensões de validade referidas às condições de validade e razões para o resgate das pretensões de validade”. In HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 124.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 130.

⁵⁶ BAXTER, Hugh. *Habermas's discourse theory of Law and Democracy*, p. 10. Disponível em <<http://www.utexas.edu/law/news/colloquium/papers/Baxterpaper.doc>> Acesso em 26/11/2005.

⁵⁷ BAXTER, Hugh. *Habermas's discourse theory of Law and Democracy*, p. 11. Disponível em <<http://www.utexas.edu/law/news/colloquium/papers/Baxterpaper.doc>> Acesso em 26/11/2005.

Baxter ressalta que o termo influência é utilizado por HABERMAS no sentido de “exercício de influência causal, independente da força de convencimento das razões que podem fundamentar as pretensões de validade”

Por certo, conforme assevera NEVES, na prática, ações comunicativas e racionais com respeito a fins (que abrangem as ações instrumental e estratégica) não se apresentam necessariamente de modo isolado, podendo o mesmo ato ser influenciado por ambas. Entretanto, sua diferenciação é fator de evolução social⁵⁸, relacionando-se com o aumento da complexidade do sistema e com a racionalização do mundo da vida.

Retomando a pergunta anteriormente formulada acerca da legitimidade das pretensões de validade, cumpre, ainda, distinguir ação de discurso (*diskurs*). Esse pode ser caracterizado como uma situação de diálogo em que as pretensões de legitimidade são problematizadas e avaliadas em seus fundamentos, com vistas à obtenção de um acordo entre os usuários da linguagem - ou seja, o *discurso* pode ser entendido como um diálogo crítico. HABERMAS, em sua teoria, dedica-se à construção de um modelo de discurso racional⁵⁹, do qual serão derivadas as regras universais de uma ética discursiva, bem como fundamentada a correção das pretensões de validade dos juízos normativos.

O discurso, enquanto forma de reflexão da ação comunicativa - sendo, pois, um nível reflexivo⁶⁰ que se sobressai da prática cotidiana, surge exatamente quando se questiona uma das pretensões de validade na interação concreta. Em face do questionamento, os interlocutores são compelidos a apresentar argumentos que fundamentem a pretensão de validade implícita em seu ato de fala, o que só pode ser dar

⁵⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 44.

⁵⁹ Segundo Habermas, “Por discurso racional entendo toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade que se tenham tornado problemáticas, na medida em que essa tentativa ocorra de acordo com as condições de comunicação que, dentro de um âmbito público constituído e estruturado por deveres ilocucionários, possibilitem o livre processamento de temas e contribuições, de informações e razões”. In *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 172-173.

⁶⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 44

por intermédio de um processo argumentativo, conforme registrado por VELASCO ARROYO⁶¹.

Essas pretensões [de validade] não são mais do que idealizações imanentes ao uso da linguagem que podem ser questionadas ao longo da comunicação, sendo, portanto, suscetíveis de crítica. Nos atos comunicativos concretos essas idealizações mantêm-se em constante tensão com as realizações fáticas dos falantes, uma tensão que se plasma em contínuas demandas por explicações e razões, isto é, em exigências de racionalidade entre os locutores que só podem ser resolvidas de modo argumentativo. Daí, a própria estrutura proposicional (ou predicativa) que caracteriza a linguagem humana obriga a quem quer que a empregue a deliberar e a justificar [dar razões]

Por intermédio do mencionado processo argumentativo no qual pretensões de validez são fundamentadas no discurso, pode-se elucidar a questão chave relativa à distinção entre uma comunicação autêntica, posto que orientada ao entendimento dos participantes da interação lingüística, de uma outra que se encontre distorcida ou manipulada. Para tanto, HABERMAS parte da idéia de que todo uso comunicativo da linguagem pressupõe a aceitação de algumas regras ou condições necessárias para uma comunicação válida. A essa construção contrafática o autor alemão denomina *situação ideal de fala*⁶² (*ideale sprechtsituation*):

Denomino *ideal uma situação de fala* em que as comunicações não sejam impedidas por influxos externos contingentes nem tampouco pelas coerções decorrentes da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação deixa de gerar coerções somente

⁶¹ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, pp.35-36. A propósito, esta relação entre ação comunicativa e justificação das pretensões de validade evidencia a tese habermasiana segundo a qual o conceito de racionalidade pressupõe a existência de comunicação lingüística, o que transmuta o conceito de razão para razão comunicativa, já anteriormente mencionado.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1994, p. 153.

quando a todo participante de um discurso seja dada uma distribuição simétrica de oportunidades de eleger e executar atos de fala. (grifo original)

Com a noção de situação ideal de fala, HABERMAS busca ressaltar a evidência, para ele normativa, de que qualquer interação⁶³ comunicativa dirigida ao entendimento deve possuir um caráter estruturalmente igualitário ou simétrico. Essa exigência de simetria entre os participantes do discurso define as condições necessárias da comunicação. São elas: publicidade das deliberações, distribuição simétrica dos direitos de comunicação e ausência de dominação ou coerção.

Nas palavras do autor, os pressupostos idealizantes necessários à comunicação são⁶⁴:

(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não coercitiva do melhor argumento, e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes

Assim, a situação ideal de fala consiste em uma situação dialógica marcada pela possibilidade simétrica de todos os participantes do discurso exercerem os atos de fala de forma livre de coerção, em que se faça valer, no dizer de nosso autor, a “coação sem coerção do melhor argumento”⁶⁵. A suposição da presença dessas condições ideais em um discurso constitui uma necessidade estrutural do agir comunicativo relacionada com a idéia

⁶³ Habermas utiliza o termo ‘interação’ como um conceito complexo quer pode ser analisado a partir dos conceitos elementares ‘agir’ e ‘falar’. O autor ressalta que seu discurso limita-se às interações mediadas pela linguagem, distintas das ações não lingüísticas. In HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 70.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 46.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 189.

de uma *comunidade de comunicação* ideal⁶⁶, referida por HABERMAS a partir de G. H. MEAD como uma situação em que os participantes de uma comunidade, em discurso, consideram imparcialmente todos os interesses implicados.

Nesse contexto, a teoria de HABERMAS destaca a importância do elemento intersubjetivo ao enfatizar o papel da interação lingüística e da comunicação na própria estruturação da subjetividade. A importância da comunidade de comunicação, enquanto horizonte de possibilidades da interação lingüística bem sucedida⁶⁷, é ressaltada por APEL. Por sua vez, HABERMAS, seguindo o pensamento daquele autor, demonstra que o consenso em torno de normas e critérios que pode ser alcançado no âmbito da referida comunidade é um pressuposto da validade da comunicação.

MILOVIC⁶⁸, discorrendo sobre esse tema, aponta a ligação estreita existente entre discurso e comunidade de comunicação afirmando que:

(.) a idéia da comunidade de comunicação não pode ser superada e, nesse sentido, ela pode ser considerada como a dimensão insuperável da argumentação significativa. Algo pode ser chamado de atividade do discurso somente se pertencer à comunidade de comunicação, não no sentido da evidência do sujeito individual. Além disso, o ponto em questão é não apenas a linguagem, mas a perspectiva mais ampla da cooperação nos domínios da comunidade de comunicação. Essa, por seu turno, está implicitamente pressuposta em todo argumento teórico, em toda a atividade compreensível por assim dizer.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 136. Habermas destaca que Mead esboça uma comunidade de comunicação ideal como “(.) um universo de discurso que transcende a ordem específica fundada na qual os membros da comunidade, em um caso de conflito específico, situam-se a si mesmos fora da ordem fática da comunidade e chegam a um acordo sobre as mudanças nos hábitos da ação e sobre uma redefinição de valores”.

⁶⁷ MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 47.

⁶⁸ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p.206.

A relação entre a comunidade de comunicação no seu aspecto ideal e a validade de uma interação lingüística também é esclarecida por MILOVIC⁶⁹, nos seguintes termos:

Ao invés da relação sujeito-objeto, tem-se agora a relação sujeito/co-sujeito. O que está claramente pressuposto em qualquer argumento que faça sentido é a idéia da comunidade de comunicação, ao passo que o que está indiretamente pressuposto é a idéia da comunidade de comunicação ideal. É ela que nos permite afirmar o que declaramos como verdadeiro relativamente ao mundo objetivo, como correto em relação ao mundo social, como sincero em relação com o mundo subjetivo e como compreensível. Em outras palavras, relativamente ao significado pressupõe-se a comunidade de comunicação real, enquanto que, em relação à validade, pressupomos a ideal.

O componente fortemente contrafático presente na situação ideal de fala rendeu acirradas críticas a HABERMAS, no sentido de ser a mesma uma utopia formalista que se ampara em um perfil extremamente pobre dos sujeitos⁷⁰, além de configurar um sonho da razão pura⁷¹. Esses argumentos foram rebatidos pelo autor com o esclarecimento de que a situação ideal de fala não se configura uma utopia concreta, mas sim uma ficção metodológica⁷², pois

(.) nenhuma sociedade complexa, inclusive nas condições mais favoráveis, poderá corresponder jamais ao modelo de “associação” comunicativa pura. Ademais, ela [a situação ideal de fala] somente poderá ter o sentido de uma ficção metodológica cujo fim é trazer à luz os inevitáveis momentos

⁶⁹ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, pp. 206-207.

⁷⁰ Velasco Arroyo critica a noção habermasiana de situação ideal de fala nos seguintes termos: “Contudo, a noção *situação ideal de fala* resulta criticável não tanto em seu caráter excessivamente irreal, mas sim que se apóie em um perfil extremamente empobrecido dos sujeitos individuais. O problema básico da referida noção não é que ela promova uma utopia irreal, senão que careça de pessoas, isto é, de sujeitos dotados dos requeridos atributos humanos. De fato, a na teoria discursiva não são tematizadas adequadamente as diferenças existentes entre os diversos sujeitos morais, tanto no nível cognitivo como no volitivo”. In VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.46.

⁷¹ CAMPS, Victoria. *La imaginación ética*. Madrid: Trotta, 1983, pp. 51-57.

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 405.

de inércia associados à complexidade social, ou seja, o reverso da associação comunicativa, reverso esse que, debaixo da sombra dos pressupostos ideais necessários à ação comunicativa, permanece amplamente oculto aos próprios participantes. (grifo nosso)

Desse modo, de acordo com o pensamento habermasiano, a observância das referidas condições ideais, como uma ferramenta metodológica, é o que garante ao discurso o seu papel legitimador das pretensões de validade, em especial as pretensões de verdade e correção. Isso porque a pretensão de inteligibilidade já se encontra pressuposta onde quer que haja discurso enquanto que a pretensão de sinceridade só pode ser legitimada no curso das ações do locutor, com a verificação da coerência entre o que se diz e o que se faz⁷³.

A situação ideal de fala apresenta-se, então, como um modelo vinculado a uma racionalidade procedural⁷⁴ que fundamenta a validade de uma argumentação a partir de uma normatividade imanente aos processos de discussão prática, pois se assenta no conteúdo normativo do conjunto de regras que formam os mencionados pressupostos da ação comunicativa. Dessa forma, assume relevância a questão acerca do discurso prático, conceito esse explicitado por HABERMAS⁷⁵ nos seguintes termos:

O discurso prático pode ser compreendido como um processo de entendimento mútuo que, por sua própria forma, isto é, meramente com base em inevitáveis pressupostos universais da argumentação, exige simultaneamente de todas as partes a assunção ideal de papéis.

Nesse contexto, partindo da premissa de que o caráter discursivo de uma interação comunicativa deve se assentar no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de

⁷³ COSTA, Cláudio. *Filosofia da linguagem*. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 57.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 47.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 67.

validade sujeitas à crítica, HABERMAS desenvolve um modelo de discurso que implica a adoção de um *paradigma do entendimento*⁷⁶, voltado para a busca de um consenso racional. Isso porque, conforme sustenta o autor tedesco, o paradigma da filosofia da consciência, centrado no sujeito, encontra-se esgotado pelo que se faz necessária uma transição para o paradigma do entendimento.

1.3 Paradigma do entendimento e racionalidade comunicativa

A partir do giro lingüístico empreendido com a tradição de pensamento iniciada com o segundo WITTGENSTEIN e PIERCE, a linguagem surge como novo tema de reflexão filosófica que se desenvolveu no sentido da idéia de uma pragmática da linguagem⁷⁷. Nessa perspectiva, a questão da intersubjetividade é enfatizada no aspecto da dimensão comunicativa da linguagem⁷⁸ em que os atores podem alcançar acordos racionais oriundos dos procedimentos discursivos.

O paradigma do entendimento situa-se nesse contexto das guinadas lingüística⁷⁹ e pragmática, sendo proposto por HABERMAS como uma “crítica aos fundamentos de um filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto”⁸⁰, marcada

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 52. Confira-se, ainda, DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito*. 2 ed. rev. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 189.

⁷⁷ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, pp. 181-182.

⁷⁸ *Ibidem*, p.176.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 53. Habermas sustenta que: “A guinada lingüística havida na filosofia preparou os meios conceituais através dos quais é possível analisar a razão incorporada no agir comunicativo”.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 43.

pela substituição de uma racionalidade material por uma procedural⁸¹, que se caracteriza pela observância de procedimentos de argumentação, desencadeada pelo advento de uma pensamento pós-metafísico.

Nesse novo paradigma, conforme afirma HABERMAS, os sujeitos capazes de fala e de ação buscam entender-se mutuamente sobre algo no mundo ante o pano de fundo de um mundo comum da vida⁸². Esse processo de entendimento entre membros de um mesmo mundo da vida⁸³ é o que caracteriza a ação comunicativa. Referido acordo alcançado comunicativamente, como resultado da orientação ao entendimento das ações comunicativas, tem por pressuposto a satisfação de condições comuns de um assentimento racionalmente motivado dos atores ao conteúdo de um proferimento, sendo fundamentado em convicções comuns⁸⁴.

HABERMAS ressalta que o entendimento (*Verständigung*) é o *telos* imanente da linguagem humana, sendo estreita sua ligação com as ações comunicativas. Nas palavras do autor⁸⁵:

O entendimento é o *telos* imanente da linguagem humana. Certamente que linguagem e entendimento não se comportam entre si como meio e fim. Porém somente podemos explicar o conceito de entendimento se somos capazes de precisar o que significa empregar ações com intenção comunicativa. Os conceitos de falar e entender-se se interpretam um ao outro. Daí, a possibilidade de analisar as propriedades pragmático-formais do agir orientado ao entendimento utilizando-se o modelo de ação de dois participantes de uma comunicação, um dos quais, no caso

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 53. Habermas sustenta que: “A guinada lingüística havida na filosofia preparou os meios conceituais através dos quais é possível analisar a razão incorporada no agir comunicativo”. pp. 44-47.

⁸² *Ibidem*, p. 52.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 367.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 368-369.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 369.

mais simples, exerce um ato de fala frente ao qual o outro toma uma posição com um sim ou não... (grifos nossos)

Registre-se que, de acordo com o pensamento habermasiano, o entendimento mútuo distingue-se do acordo (*Einverständnis*) em sentido estrito. Enquanto o acordo consiste no reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada por um falante⁸⁶ somente sendo alcançado se os envolvidos podem aceitar uma pretensão de validade pelas ‘mesmas’ razões, o entendimento mútuo⁸⁷ acontece mesmo quando um vê que o outro, à luz de suas preferências, tem sob circunstâncias dadas boas razões para a intenção declarada, isto é, quando há convergência mesmo sem a necessidade de apropriação das razões pelo outro sujeito participante da interação comunicativa.

A noção de entendimento mútuo, juntamente com o conceito de mundo da vida, é essencial para a definição da racionalidade comunicativa, que assume uma posição central no pensamento habermasiano. De acordo com o filósofo alemão⁸⁸

Essa *racionalidade comunicativa* exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivamente partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a um único e mesmo mundo objetivo. (grifo original)

O conceito de racionalidade cunhado pelo autor tedesco em oposição à racionalidade material⁸⁹ vigente na filosofia centrada no sujeito caracteriza-se por ser

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 171.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.113. Habermas esclarece, ainda, que “Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta do acordo.” In HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 107.

“procedural encarnada na práxis da argumentação”⁹⁰, haja vista o fato de lançar mão de procedimentos argumentativos. Ademais, vincula-se ao uso comunicativo de expressões lingüísticas que, por sua vez, desempenha as funções de (a) exprimir intenções de falante, de (b) representar estados de coisa (ou supor sua existência) e de (c) estabelecer relações interpessoais com uma segunda pessoa⁹¹. Tais funções, para HABERMAS, espelham os três aspectos do entendimento mútuo no sentido de *entender-se/com alguém/ a respeito de algo*.

O autor destaca, ainda, que o ato de fala pelo qual o falante procura se entender com um ouvinte a respeito de algo é marcado por uma relação tripartite⁹² entre a significação de uma expressão e (a) o que se quer dizer com ela, (b) o que se diz nela e (c) a forma de sua aplicação na ação de fala. Assim, a racionalidade comunicativa, também denominada de racionalidade do entendimento mútuo, depende, relativamente aos atos de fala, da satisfação de dois níveis⁹³: (i) que os atos de fala sejam compreendidos pelo ouvinte de tal modo que, por meio deles, (ii) o falante alcance - ou possa alcançar sob circunstâncias normais - êxito ilocucionário com sua aceitação pelo ouvinte.

Nas palavras de HABERMAS⁹⁴,

Mais uma vez, chamamos racionais não apenas atos de fala válidos, mas todos os atos de fala inteligíveis pelos quais o falante pode assumir, sob condições dadas cada vez, uma garantia crível de que as pretensões de validade levantadas poderiam, se necessário, ser cumpridas discursivamente. Também aqui há uma relação interna entre a racionalidade

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 46.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 107.

⁹¹ *Ibidem*, p. 113.

⁹² *Ibidem*, p. 107.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 108.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 108.

do ato de fala e sua justificação possível. É apenas em argumentações que as pretensões de validade implicitamente levantadas com um ato de fala podem ser tematizadas como tais e examinadas com base em razões.

Tem-se, assim, que, no contexto da racionalidade comunicativa, um ato de fala é tido por racional com base na relação entre as condições que determinam sua validade, a pretensão do falante de que sejam cumpridas essas condições, bem como a credibilidade da garantia assumida pelo locutor de que poderia, se necessário, resgatar discursivamente referida pretensão de validade⁹⁵. Ora, tal assertiva vincula necessariamente a racionalidade de um ato com a observação de procedimentos de discurso.

Diante de tal constatação, HERBERT SCHNÄDELBACH formulou sérias críticas ao conceito de racionalidade comunicativa habermasiana aduzindo que considerar irracional tudo o que não fosse inteiramente fundado na argumentação ou no discurso seria problemático, tendo em vista que o campo do irracional assumiria proporções gigantescas⁹⁶. A essa crítica, HABERMAS respondeu com a distinção entre três raízes de racionalidade, a saber: racionalidade epistêmica, racionalidade teleológica e a já mencionada racionalidade comunicativa.

Essas três estruturas racionais centrais, para HABERMAS, são entrelaçadas pela *racionalidade discursiva*⁹⁷, que, por sua vez, tem origem na racionalidade comunicativa e desempenha uma função integradora, no nível da reflexão e do discurso, das três mencionadas racionalidades que se vinculam, respectivamente, ao conhecer, ao agir e ao falar⁹⁸.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.109.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 104.

A *racionalidade epistêmica* diz respeito ao aspecto do conhecer. Segundo HABERMAS, o conhecimento de um fato e a posse de um saber sobre ele vincula-se à possibilidade de cumprir pelo discurso as pretensões de verdade correspondentes. Em outras palavras, todo saber é passível de ser criticado e fundamentado, pelo que a irracionalidade⁹⁹ de um ato estaria na defesa dogmática de opiniões que não podem ser fundamentadas.

Nesse sentido, essa raiz de racionalidade entrelaça-se¹⁰⁰ com o uso da linguagem e do agir, na medida em que a estrutura proposicional dos atos não se sustenta em si mesma, sendo dependente de uma ‘corporificação’ na linguagem e no agir. De outra parte, para HABERMAS, a racionalidade de um juízo não implica sua verdade¹⁰¹, mas apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado.

A *racionalidade teleológica*, por seu turno, refere-se ao aspecto do agir que, para HABERMAS, é sempre intencional e aspira à realização de fins estabelecidos¹⁰². A racionalidade teleológica caracteriza-se justamente pelo fato de o ator alcançar o resultado pretendido por intermédio da utilização dos meios deliberadamente escolhidos para tanto. Assim, o agir racional orientado a fins exige um cálculo do sucesso da ação, sendo definido como racional¹⁰³ quando, alcançado o êxito mirado, o ator sabe o porquê de sua obtenção de tal modo que o exercício de sua ação se dê em conformidade com as razões que justificam seu sucesso possível.

Feitas essas considerações acerca das diferentes raízes de racionalidade, HABERMAS sustenta a validade de sua racionalidade comunicativa, que é procedimental,

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 104.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.105

¹⁰¹ *Ibidem*, p.105.

¹⁰² *Ibidem*, p. 106.

¹⁰³ *Ibidem*, p.106.

e estabelece que a legitimidade de uma asserção deve, necessariamente, ser resgatada discursivamente. A questão acerca da legitimidade que ora se apresenta remete à idéia de justificação enquanto fundamentação de enunciados e proferimentos sob os pressupostos pragmáticos do discurso racional. Ademais, defende o autor que o resgate das pretensões de validade, em especial a de verdade, ocorrido no discurso conduz ao conceito discursivo de verdade.

Nesses termos, no contexto da racionalidade comunicativa, redefine-se o próprio conceito de verdade (*Wahrheit*) que, em sentido habermasiano, corresponde à aceitabilidade de um enunciado sob as condições de uma situação ideal de fala que lhe garante seu caráter racional (assertibilidade ideal)¹⁰⁴.

Assim, a teoria da verdade no pensamento de HABERMAS é consensual, e não correspondencial ou por evidência, sendo a verdade entendida como análoga da correção normativa¹⁰⁵, já que, conforme acima referido, “a idéia de verdade somente pode se desenvolver por referência ao desempenho discursivo das pretensões de validade”¹⁰⁶. A verdade, então, é fruto de uma construção processual e contextual, pois está sempre sujeita a críticas, não sendo definida fora do contexto da fala, da argumentação e do consenso intersubjetivamente alcançado.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, pp 46-47.

¹⁰⁵ Segundo Velasco Arroyo, em *Verdade e Justificação*, Habermas teria se retratado de sua teoria procedimental e discursiva da verdade e adotado uma estratégia realista (um conceito não epistêmico de verdade, ainda que concebido em termos pragmáticos). In VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.39. Tendo em vista os limites do presente estudo, para maior aprofundamento nesse tema confira-se: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 242-261. DUTRA, Delamar José Volpato. *Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e Justificação*. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@ethic22re.pdf>> Acesso em 28/12/2005.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1994, p. 120.

Ressalte-se que o mencionado paradigma do entendimento constitui a base da teoria social crítica de HABERMAS. Os instrumentos conceituais ora expostos são utilizados pelo nosso autor para o esclarecimento de sua concepção da Moral, do Direito e da Democracia em termos de uma teoria do discurso. Assim, a partir da teoria da ação comunicativa, é fundamentada a ordem normativa¹⁰⁷ pelo novo conceito de racionalidade interpretado por HABERMAS como discurso.

1.4 Sistema e mundo da vida

HABERMAS constrói uma teoria sociológica influenciada pela teoria da ação comunicativa que se organiza em dois níveis: sistema e mundo da vida. Desse modo, o autor concebe a sociedade simultaneamente como sistema e mundo da vida¹⁰⁸, em uma combinação das perspectivas externa do observador e interna do participante¹⁰⁹ do horizonte de comunicação.

Essa diferença de perspectiva, conforme destaca HABERMAS, é metodológica¹¹⁰. Enquanto a perspectiva do mundo da vida é própria do participante, sendo, portanto, hermenêutica e internalista, a perspectiva do observador é objetiva e externalista¹¹¹. A distinção entre as dimensões comunicativa e técnico-funcional dos fenômenos sociais - entre mundo da vida e sistema - as quais são complementares, constitui o principal fundamento sobre que se apóia toda a teoria crítica da sociedade habermasiana.

¹⁰⁷ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, p.259.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 170.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 216.

¹¹¹ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.49

HABERMAS registra, inicialmente, que o *mundo da vida* (*Lebenswelt*) “é algo que todos nós temos sempre presente, de modo intuitivo e não-problemático, como sendo uma totalidade pré-teórica, não objetiva - como esfera das auto-evidências cotidianas - do *common sense*”¹¹². Trata-se, assim, de uma espécie de saber familiar cujo conteúdo é aceito sem maiores questionamentos e que representa a base cognitiva da prática comunicativa cotidiana”.¹¹³ O saber próprio do mundo da vida é paradoxal, de acordo com HABERMAS, tendo em vista que “esse saber somente proporciona o sentimento de uma certeza absoluta porque não se sabe dele”¹¹⁴.

O conceito em comento refere-se, ademais, ao entorno simbólico e cultural que circunda os sujeitos sendo caracterizado pelo conjunto de evidências, certezas e realidades habitualmente não questionadas na prática cotidiana. Segundo destacado por VELASCO ARROYO¹¹⁵, os pressupostos que conformam esse horizonte comum de compreensão “são as próprias regras dos jogos de linguagem e determinados enunciados com os quais todos estão de acordo”.

Referido conceito é retomado da tradição fenomenológica de EDMUND HUSSERL que definia o mundo da vida como um “fundamento-de-sentido-esquecido da ciência natural” em oposição ao mundo das idealidades¹¹⁶. HABERMAS, partindo dessa noção, promove sua interpretação pragmática definindo-o como o horizonte de

¹¹² HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 52, p. 48.

¹¹³ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.47.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 192.

¹¹⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.47..

¹¹⁶ HUSSERL Edmund *apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 40. Marcelo Neves ressalta que “Habermas não compartilha do conceito culturalista do mundo da vida que remonta a Husserl, considerando-o unilateralista. Também qualifica de parcial a concepção que parte de Durkheim, segundo a qual o mundo da vida reduz-se ao aspecto da integração (normativa) da sociedade. Por fim, rejeita como unilateral a tradição que remonta a Mead, no âmbito da qual o conceito de mundo restringe-se ao aspecto da socialização dos indivíduos”.

possibilidades irrestritas de entendimento em que os agentes comunicativos se movimentam¹¹⁷, constituindo o pano de fundo¹¹⁸ (*Hintergrund*) do agir comunicativo.

Nesse sentido, o conceito de mundo da vida apresenta-se como complementar ao do agir comunicativo¹¹⁹. Como já mencionado, HABERMAS fala em agir comunicativo “quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as conseqüências esperadas”¹²⁰.

Esse tipo de agir pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo¹²¹: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis e, também, é o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria. Assim, o mundo da vida apresenta-se tanto como *ressource* do agir comunicativo quanto como produto desse agir, no referido processo circular¹²².

Em outras palavras, o mundo da vida não somente forma o contexto dos processos de entendimento mútuo e da situação de ação, como também fornece recursos para os processos de interpretação pelos quais os participantes da comunicação buscam alcançar o almejado entendimento. Desse modo, o mundo da vida reproduz-se mediante a ação comunicativa, orientada para o entendimento mútuo.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 212.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 166.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 169.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165.

¹²¹ *Ibidem*, 166.

¹²² HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 53.

HABERMAS caracteriza, ainda, o mundo da vida como a moldura¹²³ simbólica de referência da ação comunicativa:

Trata-se aqui, portanto, de uma moldura, cujo conteúdo não é definido, para a referência, seja a objetos possíveis a respeito dos quais enunciamos fatos numa atitude objetivadora, seja a relações interpessoais e normas possíveis para as quais reivindicamos força obrigatória numa atitude performativa.

Os participantes da comunicação baseiam seus esforços de entendimento mútuo em uma atitude performativa num sistema de referências composto de três mundos¹²⁴, quais sejam: o mundo objetivo, o mundo social e o mundo subjetivo¹²⁵.

O *mundo objetivo* é caracterizado enquanto totalidade dos estados de coisas existentes. O *mundo social* identifica-se com a totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas, sendo intersubjetivamente partilhado entre os sujeitos envolvidos na comunicação. O *mundo subjetivo*, por sua vez, diz respeito à totalidade das próprias vivências a que cada um tem acesso privilegiado e que pode ser manifestada com pretensão de sinceridade pelo falante ante o público. Conforme ressalta MILOVIC¹²⁶, as relações que se estabelecem entre os atores e o mundo tornam-se compreensíveis apenas através da linguagem que se manifesta nos atos de fala comunicativos.

Ao mundo da vida, HABERMAS opõe o *sistema*, termo esse proveniente das idéias biológicas de MATURANA E VARELA, divulgado no meio sociológico por

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.93.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 167.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 171.

¹²⁶ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade*. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002, pp. 197-198.

NIKLAS LUHMANN. O sistema¹²⁷ (*System*) pode ser concebido, numa primeira aproximação, como esfera auto-regulada de intermediação do agir racional com respeito a fins. Pode, ainda, ser definido como conexão de ações racionais com respeito a fins mediatizados por dinheiro e poder enquanto meios deslingüistizados¹²⁸. Nesse sentido, resta evidente a íntima vinculação entre sistema e agir racional com respeito a fins, ou seja, agir instrumental e agir estratégico¹²⁹.

NEVES¹³⁰ aponta o caráter restrito do conceito habermasiano de sistema, nos seguintes termos:

O conceito habermasiano de sistema é restrito, limitando-se à economia e ao poder administrativo. A ciência, a religião, a arte, a educação e parcialmente o direito, assim como a política nas “formas democráticas de formação discursiva da vontade” (poder comunicativo) não constituem sistemas, mas sim níveis reflexivos da reprodução simbólica do mundo da vida.

1.5 Ética discursiva

A fundamentação racional da moral é explicitada por HABERMAS a partir da questão acerca da razão prática, entendida como a faculdade especializada em fundamentar imperativos hipotéticos e categóricos, partindo do pressuposto da linguagem como objeto primeiro de reflexão. O conceito de racionalidade prática desenvolvido pelo

¹²⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 43.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, pp. 271-273.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 273.

¹³⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 43.

autor faz referência a três dimensões, as quais podem ser diferenciadas a partir da seguinte pergunta: Que devo fazer?

Segundo HABERMAS¹³¹, essa decisiva questão admite diferentes tratamentos dependendo do âmbito em que o indivíduo venha a agir. Assim, no âmbito pragmático, serão buscados preceitos de ação adequados de caráter técnico ou estratégico. No campo ético, serão perseguidos conselhos e recomendações para o alcance de uma vida boa e feliz. No âmbito moral, por sua vez, serão focalizados juízos e decisões justas segundo as quais os conflitos interpessoais sejam resolvidos de modo eqüitativo e imparcial.

Registre-se, por oportuno, que, na peculiar terminologia habermasiana, ética e moral se diferenciam da seguinte forma: enquanto a ética se ocupa das questões relativas à vida boa e está especializada nas formas de autocompreensão existencial¹³², a moral diz respeito à busca do justo¹³³, entendido como o bom para todos, em sentido coletivo.

VELASCO ARROYO salienta, ademais, que cada uma das três formas de discurso possui uma lógica própria¹³⁴: o discurso pragmático rege-se pelas relações meio-fim; o discurso ético versa sobre a identidade individual e coletiva; e o discurso moral obedece à lógica da universalização.

Nesse sentido, assume relevância a noção de discurso prático, tendo em vista que o conceito de racionalidade prática desenvolvido pelo nosso autor faz referência às suas três dimensões: a moral, a ética e a pragmática.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 109-126.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?* Trad. R. S. Carbó, Barcelona: Paidós, 2002, p. 13.

¹³³ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁴ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p. 52.

A dimensão moral ocupa-se da resolução equitativa e imparcial dos conflitos pessoais de modo que seja possível o reconhecimento universal de suas prescrições, razão pela qual o uso moral da razão se dá de forma dialógica, num contexto de intersubjetividade. A sua dimensão ética, de outro modo, dedica-se à interpretação dos valores culturais e identidades, em um sentido coletivo. Já a dimensão pragmática objetiva a satisfação instrumental de fins por intermédio de negociações e compromissos, sendo marcada pela eficácia.

Outra diferença importante entre ética e moral no pensamento filosófico-prático de HABERMAS¹³⁵ reside no âmbito das suas pretensões de validade, distinguindo-se por seu caráter contextual ou universal.

Também resulta divergente o alcance de suas respectivas pretensões de validade: enquanto que a força prescritiva da ética depende do contexto social (do *ethos* de uma determinada comunidade), a moral aspiraria a um reconhecimento *universal* de suas prescrições. Assim, e este é um ponto fundamental, tendo em conta a tipologia que se acaba de esboçar, a chamada *ética discursiva* irá se concentrar exclusivamente nas denominadas questões morais. (grifos originais).

Esclarecidos os conceitos de ética e moral na teoria habermasiana, cumpre agora explicitar, de modo sucinto, os traços distintivos da *ética discursiva*. Desenvolvida inicialmente por APEL e, em seguida, por HABERMAS, a ética discursiva representa um modelo teórico dirigido a fundamentar a validade dos enunciados e juízos morais. Trata-se de uma extensão argumentativa da teoria da ação comunicativa ao âmbito moral, pelo que introduz a noção de um procedimento intersubjetivo de criação e fundamentação de normas morais.

¹³⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.53.

Desse modo, o caráter distintivo da ética discursiva (*Diskursethik*) consiste em que as questões éticas, entendidas no sentido habermasiano, são levadas ao plano de uma teoria da argumentação, pois, conforme sustenta HABERMAS, somente em tal âmbito pode-se adotar o *ponto de vista moral*, posto que “baseado nos pressupostos comunicativos gerais da argumentação”¹³⁶.

A tese central da ética discursiva consiste no denominado *princípio discursivo* (*D*) explicitado por HABERMAS nos seguintes termos: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento como participantes de discursos racionais”¹³⁷.

Este princípio pressupõe e exige relações simétricas de reconhecimento entre os participantes como forma de fundamentar e validar imparcialmente as normas intersubjetivas de ação. Observe-se que o princípio discursivo demanda que se proceda segundo a norma mínima de que todos os casos que são como “A” devem ser tratados como “A”¹³⁸. A ética discursiva, contudo, anda afirma sobre o conteúdo dessa norma, o que comprova seu caráter procedimental.

A ética discursiva caracteriza-se, ainda, pelo *princípio da universalização* (*U*), segundo o qual “Toda norma válida tem que cumprir a condição de que as conseqüências e efeitos secundários que resultem previsivelmente de seu seguimento universal para a satisfação dos interesses de cada indivíduo particular possam ser aceitas sem coação alguma por todos os afetados”¹³⁹.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.127.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

¹³⁸ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.55

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.36.

RAUBER¹⁴⁰, discorrendo sobre o problema da universalização na ética discursiva habermasiana esclarece que:

(.) o princípio ‘U’ exclui, como não suscetíveis de consenso, todas as normas que encarnam interesses particulares, isto é, interesses não suscetíveis de universalização. Não basta, segundo Habermas, que alguns indivíduos examinem e decidam sobre a entrada em vigor de uma norma relativamente às consequências e efeitos colaterais do seguimento geral da mesma, mas é necessário um acordo consensual sobre a norma controversa. A pretensão normativa que não alcançar o assentimento de todos não pode ser aceita como válida, pois não preenche os requisitos exigidos por ‘D’ e ‘U’ (grifos nossos).

Registre-se, por sua relevância, que o consenso almejado por HABERMAS não significa unanimidade, mas sim um processo de ajuste entre interesses discrepantes e contrapostos. Nesse sentido, o autor defende que o discurso se apresenta como o caminho para um acordo isento de coação e para uma convivência sem violência: “Quanto mais discurso, tanto maior a contradição e a diferença. Quanto mais abstrato o acordo, tanto mais variados os dissensos, através dos quais se torna possível viver sem violência”¹⁴¹.

A ética discursiva surte reflexos na questão do discurso jurídico em face do Direito moderno, tendo em vista a necessidade de justificação de suas normas a despeito de seu caráter formal, de acordo com o pensamento habermasiano¹⁴².

O *discurso jurídico* é entendido por HABERMAS como uma espécie de discurso moral, tendo em vista sua adesão à tese do Direito entendido como um ‘caso especial’ (*Sonderfalthese*) da argumentação moral defendida por ALEXY. Aliás,

¹⁴⁰ RAUBER, Jaime José. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EdPUC-RS, 1999, p. 77.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 177.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 338.

HABERMAS é expresso ao afirmar que ALEX¹⁴³. foi o responsável por tê-lo convencido, àquela época, de que as argumentações jurídicas desenvolvem-se como uma forma especial dos discursos morais. A complementaridade entre discurso jurídico e pressuposições morais conduzidas pelo discurso prático informa a concepção de Direito de HABERMAS, assumindo posição de destaque nas suas teorias da ação comunicativa e discursiva.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 60.

2 – O DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

2.1. A evolução do direito no modelo habermasiano

Na Teoria da Ação Comunicativa, HABERMAS promove uma reconstrução do Direito moderno com vistas a demonstrar o conceito e o papel desempenhado pelo Direito na Modernidade, bem como em que medida o ordenamento jurídico é capaz de garantir liberdade. Para tanto, o autor alemão caracteriza a evolução jurídica a partir da influência do modelo de desenvolvimento da consciência moral formulado pela psicologia cognitiva de LAWRENCE KOHLBERGH e da concepção dos níveis de desenvolvimento do Direito de WEBER.

A partir desses conceitos, HABERMAS aponta uma correspondência entre as estruturas da consciência no desenvolvimento da Moral e do Direito, sendo que, a cada um dos três níveis da consciência moral, corresponde um tipo de direito.

2.1.1. A evolução social enquanto desenvolvimento da consciência moral

No modelo habermasiano, o aumento de complexidade sistêmica é considerado aspecto relevante na evolução da sociedade. HABERMAS enfatiza a lógica do desenvolvimento¹⁴⁴ considerando-se os estádios da consciência moral e reconstrói, no âmbito da teoria da ação comunicativa e da ética do discurso, o modelo de desenvolvimento

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 170.

ontogenético, relativo ao indivíduo, formulado por PIAGET¹⁴⁵ e seguido por KOHLBERG, transportando-o para o âmbito do desenvolvimento filogenético, relativo à sociedade. Ou seja, a partir das observações da psicologia cognitiva, HABERMAS distingue três níveis de desenvolvimento da consciência moral tanto no plano individual quanto em relação aos tipos de sociedade. São eles: pré-convencional, convencional e pós-convencional.

Os elementos básicos da teoria dos estádios do desenvolvimento cognitivo são recolhidos de PIAGET, em especial aqueles relativos ao julgamento moral da criança. A partir de tal substrato, KOHLBERG propõe um modelo de julgamento moral em três níveis acima mencionados. A definição desses níveis se dá com base nos três tipos de relação do ‘eu’ com as expectativas sociais, assim explicitadas por NEVES¹⁴⁶:

(.) no nível pré-convencional, as normas e expectativas sociais constituem algo externo para o *eu*; no convencional, o *eu* identifica-se com as normas e expectativas sociais ou internaliza-as; no pós-convencional, a pessoa diferencia as suas próprias normas e expectativas das adotadas pelos outros, definindo seus ‘valores em termos de princípios escolhidos’.

Aos três níveis do desenvolvimento moral correspondem, respectivamente, outros três tipos de perspectiva social: concreta individual, a de membro da sociedade e a de prioritário-em-face-da-sociedade¹⁴⁷ (*prior-to-society-perspective*). Referidos níveis do desenvolvimento moral vão ser subdivididos em seis estádios que, por sua vez, vinculam-se às correspondentes perspectivas sociais.

¹⁴⁵ FREITAG, Bárbara. Dialogando com Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 113-140.

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 17.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 18.

O primeiro estágio (primeira parte do nível pré-convencional)¹⁴⁸ é o da “moralidade heterônoma” ou da “punição e obediência”. Apresenta-se como moralmente correto evitar infringir regras com consequências punitivas, obedecer por obedecer e evitar danos a pessoas e propriedades. A perspectiva social em tela é a concreta individual, adotada de um ponto de vista egocêntrico.

O segundo estágio (segunda parte do nível pré-convencional)¹⁴⁹ caracteriza-se pelo individualismo, o objetivo instrumental e a troca. Considera-se moralmente correto seguir regras somente quando e se forem de acordo com o interesse imediato do ‘eu’. A perspectiva social adotada também é a concreta individual

O terceiro estágio (primeira parte do nível convencional)¹⁵⁰ define-se pelas expectativas interpessoais mútuas, os relacionamentos e a conformidade interpessoal. Nele se apresenta como moralmente correto corresponder às expectativas das pessoas próximas. A perspectiva social adotada é a de membro da comunidade.

O quarto estágio (segunda parte do nível convencional)¹⁵¹ é denominado estágio do sistema social e da consciência. Moralmente correto, nesse contexto, é o cumprimento dos deveres assumidos, razão pela qual as leis devem ser observadas, exceto nos casos extremos de conflito com outros deveres e direitos socialmente estabelecidos. A perspectiva social adotada também é a de membro da comunidade, sendo já definidos papéis e normas no sistema social.

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 18.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 19.

O quinto estágio (primeira parte do nível pós-convencional)¹⁵², por sua vez, é o do contrato social, da utilidade e dos direitos individuais. A observância dos direitos, dos valores e dos contratos legais é o moralmente correto. A perspectiva social, nesse caso, é a de membro da comunidade enquanto indivíduo racional, cômico da existência de valores prioritários em face de vínculos e contratos sociais.

Por sua vez, o sexto estágio (segunda parte do nível pós-convencional)¹⁵³ é o dos princípios éticos universais, cuja observância configura-se no moralmente correto. NEVES¹⁵⁴ destaca que “essa perspectiva pertence a qualquer indivíduo racional que reconhece a natureza da moralidade ou o fato de que a pessoa é um fim em si mesmo e deve ser tratada como tal”, o que se define como a premissa moral básica.

HABERMAS reinterpreta os modelos de desenvolvimento da psicologia cognitiva sob o prisma de sua teoria da ação comunicativa. Em sua perspectiva, o desenvolvimento cognitivo e moral vincula-se ao processo de uma “compreensão descentrada do mundo”, que pressupõe a “diferenciação de referências no mundo, de pretensões de validade e atitudes fundamentais”¹⁵⁵. Esse processo, por sua vez, remonta à uma “diferenciação entre o mundo da vida e o mundo”¹⁵⁶, concebida em três domínios de referência: mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo. Tal desenvolvimento relaciona-se, também, com a distinção entre os tipos de ação estratégica e comunicativa e a diferenciação de uma dimensão discursiva em face das ações.

¹⁵² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 19.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 169.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 169.

No *nível pré-convencional* prevalece uma perspectiva egocêntrica ou individualista concreta, no sentido de indistinção entre subjetividade, objetividade e intersubjetividade. As ações são concebidas concretamente, levando-se em conta suas consequências objetivas. Não há, tampouco, distinção entre os tipos de agir estratégico e comunicativo.

No *nível convencional*, já está presente uma concepção descentrada de mundo, havendo distinção entre os planos subjetivo, objetivo, e intersubjetivo ou social¹⁵⁷. Nesse segundo estágio, já se percebe diferenciação entre ação estratégica e comunicativa. Na perspectiva individual, o egocentrismo abre espaço para a percepção das expectativas das outras pessoas, consideradas as ações em termos de papéis concretos.

No *nível pós-convencional*, ocorre a superação da “ingenuidade da prática cotidiana”¹⁵⁸. A compreensão descentrada de mundo intensifica-se, o que abre espaço para o discurso como forma reflexiva da ação. Ocorre, ainda, a denominada “desinstitucionalização da moral”¹⁵⁹.

Assim como na dimensão ontogenética, o desenvolvimento filogenético também seria especificado em três níveis de consciência moral das sociedades: pré-convencional, convencional e pós-convencional.

No *nível pré-convencional* característico das sociedades primitivas¹⁶⁰, há uma insuficiente distinção entre os mundos objetivo, social e subjetivo. Nesse estágio, a mística da natureza informa as estruturas normativas, conforme um modelo de moral pré-convencional. No *nível convencional*, em que se enquadram as denominadas “culturas

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 21.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 24.

avançadas”, observa-se uma distinção entre os tipos de mundo. Ocorre, também, uma diferenciação entre a identidade individual e do grupo. No *estádio pós-convencional*, na era Moderna, constitui-se uma pretensão de validade específica no campo científico, qual seja: a de verdade.

NEVES¹⁶¹ ressalta, entretanto, que “moral, direito e arte, apesar de esferas diferenciadas de valores, não se desvinculam do âmbito sacro”, pelo que lhes falta um aspecto de validade também específico. O desenvolvimento da sociedade moderna levou, posteriormente, à dessacralização dessas áreas, o que acarretou o surgimento de novas dimensões de racionalidade específicas.

2.1.2. Os estádios de evolução do Direito

A cada um três níveis da consciência moral corresponde respectivamente um tipo de direito: revelado, tradicional e positivo (estatuído ou formal). HABERMAS¹⁶² caracteriza o processo de evolução do Direito a partir da figura do restabelecimento do *status quo ante*.

O *direito revelado* corresponde ao nível pré-convencional. Esse tipo de direito tem seu fundamento na ética mágica e baseia-se em expectativas de comportamento particulares. Nesse nível, não se distingue entre norma e ação, não havendo, portanto, procedimentos de aplicação normativo-jurídica.

¹⁶¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 26.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 262.

Nas sociedades primitivas, os conflitos são solucionados concretamente pela autocomposição e retaliação, sem a interferência de terceiros. O aparato jurídico é restituído ao seu *status quo ante* de normalidade através da recuperação dos danos causados ao ofendido bem como pelo castigo ao ofensor. O julgamento da infração se dá de acordo com o prejuízo causado, e não segundo a intenção do infrator.

Referida restituição à situação original, ou seja, anterior à ofensa, tem o objetivo de livrar a comunidade dos perigos decorrentes da violação da ordem jurídica¹⁶³, haja vista que o ato de infração rompe com ordem normal das coisas. A ‘re-ligação’ da ordem rompida, por sua vez, ocorre por intermédio de uma autoridade religiosa, o que evidencia o caráter sacro do Direito nessa fase, que é revelado à comunidade por meio da religião.

HABERMAS refere-se, nesse nível de direito, a uma espécie de validade que é equipada com a força do fático, havendo uma fusão¹⁶⁴ de facticidade e validade na forma de um sentimento de medo e entusiasmo perante a autoridade. Nesse sentido, HABERMAS defende que “em sociedades primitivas o direito ainda não é um direito coercitivo”¹⁶⁵ NEVES observa, contudo, a existência de uma coercitividade difusa, faltando apenas uma noção precisa de coação¹⁶⁶.

O *direito tradicional* corresponde ao nível moral convencional, sendo fundamentado por uma ética da lei. Nesse nível, a norma como expectativa generalizada de

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 263.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 262.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 262.

¹⁶⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 31.

comportamento torna-se a categoria fundamental de orientação de conduta¹⁶⁷. Distinguem-se entre ação e normas, que são aplicadas em procedimentos diferenciados de execução jurídica.

Ademais, a autoridade passa a se basear na centralização do poder pela sanção. Isso se relaciona com a centralização de poder nas sociedades estatalmente organizadas, segundo a qual a autoridade política baseia-se no fato de dispor do monopólio dos meios de sanção, o que confere às decisões do detentor do poder político caráter vinculante.¹⁶⁸ Nessa fase, a intenção do infrator já é considerada na avaliação das violações à ordem jurídica que devem ser reparadas enquanto violação à legalidade. Assim, não se trata mais apenas de restabelecer o *status quo ante*.

Nas “culturas avançadas”, a função jurisdicional é reconhecida como critério de determinação do sentido jurídico das coisas, pelo que ocorre a formação de um aparato judicial como instituição que administra a justiça, no qual o juiz, através da autoridade do Direito, assume a posição de garante do ordenamento jurídico por meio de um poder sancionador que se traduz, em última instância, em dizer e restituir o Direito. NEVES¹⁶⁹ assevera, contudo, que o ordenamento normativo a aplicar nos procedimentos jurisdicionais ainda não se encontram diferenciado juridicamente, estando direito, moral e ética fusionados. O direito sacro legitima o poder político, que simultaneamente o sanciona.

O *direito positivo* corresponde ao nível pós-convencional. Nesse contexto, moral, ética e direito diferenciam-se plenamente, passando as normas jurídicas a serem fundamentadas em princípios especificamente jurídicos. Tais princípios assumem um

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 260.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 264.

¹⁶⁹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 32.

caráter procedimental reflexivo, apresentando-se como criticáveis. Dessa forma, faz-se necessária uma fundamentação racional nos termos do procedimento¹⁷⁰.

Nesse estágio, o Direito é metainstituição a que cabe garantir a integração social que não é realizada de modo suficiente pelas instituições originárias do mundo da vida. Tal papel é desempenhado especificamente pelo Direito Civil.

Levando-se em conta também a concepção weberiana dos níveis de racionalidade jurídica, um quarto tipo de direito seria considerado: o *direito deduzido*, que precede ao positivo. Esse estágio corresponde à transição jusnaturalista para a plena positivação do Direito de acordo com o pensamento de LUHMANN. Essa fase caracteriza-se pela fundamentação em princípios metajurídicos¹⁷¹, sendo a validade do Direito deduzida de postulados metafísicos, não havendo plena diferenciação das esferas do direito, do moral e do ético. HABERMAS, contudo, critica WEBER nesse ponto e não reconhece esse estágio de evolução do Direito¹⁷².

2.2. O Direito como desconexão entre sistema e mundo da vida.

Na concepção habermasiana, a evolução social relaciona-se com o aumento de complexidade sistêmica, que é percebida a partir do mundo da vida. Já determinados os

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 351.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 351.

¹⁷² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 32.

conceitos de mundo da vida e sistema, HABERMAS sustenta que a diferenciação entre essas duas dimensões define a própria evolução social. Nesse sentido, observa que¹⁷³:

Entendo a evolução social como um processo de diferenciação de segunda ordem: ao aumentar a complexidade de um e a racionalidade do outro, sistema e mundo da vida não apenas se diferenciam internamente, como também se diferenciam simultaneamente um do outro.

A racionalização do mundo da vida relaciona-se com sua diferenciação estrutural, também entendida como a diferenciação entre seus elementos estruturais, os quais são definidos por HABERMAS como: cultura, sociedade e personalidade. Nas palavras do autor¹⁷⁴:

Chamo *cultura* o acervo de saber no qual os participantes da comunicação, ao entenderem-se sobre algo em um mundo, abastecem-se de interpretações. Chamo *sociedade* as ordens legítimas através das quais os participantes da interação regulam sua pertinência a grupos sociais e, com isso, asseguram a solidariedade. Por *personalidade* entendo as competências que tornam um sujeito capaz de linguagem e de ação, ou seja, que o capacitam a participar de processos de entendimento e, neles, afirmar sua própria identidade. (grifos originais)

HABERMAS¹⁷⁵ define o desacoplamento entre sistema e mundo da vida como um processo em que:

(.) o mundo da vida, que em princípio coexiste com um sistema social pouco diferenciado, vai se degradando progressivamente em um subsistema dentre os outros. Nesse processo, os mecanismos sistêmicos desligam-se cada vez mais das estruturas sociais através das quais se realiza a integração social.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 216.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 200-201.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 217.

Os componentes do mundo da vida transformam-se em subsistemas¹⁷⁶ de um sistema geral de ação, sendo regidos por lógicas próprias, ao qual se integram juntamente com o substrato físico do mundo da vida. Esses três componentes do mundo da vida correspondem, ademais, aos três processos de reprodução¹⁷⁷ desse horizonte: a) reprodução cultural, na dimensão semântica dos conteúdos simbólicos, b) integração social, na dimensão do espaço social; e c) socialização, na dimensão do tempo histórico enquanto sucessão de gerações.

Referidos subsistemas transformam-se em uma segunda natureza¹⁷⁸ ou ordem na hierarquia das instituições sociais desprovida de conteúdo normativo¹⁷⁹. Dentro de tal categoria, HABERMAS inclui tanto a Moral quanto o Direito. Tal fato é explicado pela referida concepção habermasiana de hierarquia segundo a qual são de primeira ordem as instituições que pertencem à espontaneidade do mundo da vida, enquanto que as demais instituições integram a segunda ordem.

O Direito e Moral são instituições artificiais que ocupam uma posição externa em relação à vida e ao modo de sua reprodução na sociedade. Daí serem classificados como instituições de segunda ordem. MOREIRA¹⁸⁰ esclarece a artificialidade do Direito nos seguintes termos:

Mas por que o Direito é uma instituição de segunda ordem?
Porque as diversas vivências sociais originárias brotam de
uma eticidade tradicional, de um universo de compreensão

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 216.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 196.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 245.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 244.

¹⁸⁰ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. rev. amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 50.

que como tal é compartilhado, de um horizonte de sentido comum, e não a partir dos termos de uma manifestação social juridicizante. Pois, nesse sentido, o Direito é uma instituição artificial que ocupa uma posição externa em relação à vida e ao modo como esta se reproduz em termos societários.

Ao Direito, assim como à Moral, cabe apontar para o consenso racional sempre que as instituições de primeira ordem deixem de cumprir com sua função¹⁸¹. Isso se dá quando o mecanismo de entendimento mútuo no âmbito da comunicação cotidiana venha a falhar, o que ocorre quando a coordenação das ações deixa de ser feita pelo entendimento, nos moldes da razão comunicativa, restando o mundo da vida neutralizado pelo uso da razão estratégica, havendo risco de dissenso.

Desse modo, a interação entre sistema e mundo da vida está intimamente relacionada com a noção de crise.¹⁸² Isso porque, em caso de crise, os processos de reprodução dos componentes do mundo da vida acima mencionados são atingidos de forma direta. Com a emergência do estado crítico, falham as contribuições da integração social no mundo da vida e no sistema, do que resulta uma limitação das possibilidades do agir comunicativo.

Na hipótese de falha das contribuições da reprodução cultural, as consequências da crise¹⁸³ são: perda de sentido, perda de legitimação, e crise de orientação educativa. No caso da reprodução pela integração social, os resultados da crise¹⁸⁴ são insegurança da identidade coletiva, anomia e alienação. Por sua vez, quando falham as

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 265.

¹⁸² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 43.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 43.

contribuições da socialização, ocorrem rupturas de tradições, perda de motivação e psicopatologias¹⁸⁵.

HABERMAS¹⁸⁶ afirma que os processos de reprodução e os seus respectivos fenômenos de crise “podem ser avaliados conforme critérios da racionalidade do saber, da solidariedade dos membros e da imputabilidade da pessoa adulta”. Porém, em todas essas hipóteses, a crise sempre se manifesta pela limitação das possibilidades do agir comunicativo. Uma vez restringida a ação comunicativa, as ações racionais com respeito a fins e, em decorrência, a racionalidade instrumental, expandem sua atuação no mundo da vida.

Nesse contexto, ganham importância meios não-lingüísticos¹⁸⁷ de integração social que se opõem à interação lingüística da ação comunicativa. Para além da racionalidade comunicativa orientada ao entendimento que marca o mundo da vida, haveria sistemas caracterizados pelo agir estratégico. A operacionalização desses sistemas estaria em desconexão com o mundo da vida, na medida em que regidos por uma racionalidade orientada ao êxito.

Nas palavras de HABERMAS¹⁸⁸,

A racionalização do mundo da vida pode ser concebida como uma progressiva liberação do potencial de racionalidade que a ação comunicativa trás em seu bojo. Com isso a ação orientada ao entendimento adquire uma autonomia cada vez maior frente aos contextos normativos, mas, simultaneamente, o mecanismo do entendimento, cada vez mais sobrecarregado e finalmente desbordado, é substituído por meios de comunicação não lingüísticos. Se essa

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Extrato de tradução inédita, p. 43.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 217.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 219.

tendência evolutiva ao desacoplamento entre sistema e mundo da vida se projeta sobre o plano de uma história sistêmica das formas de entendimento, resta manifesto a incontida ironia do processo universal de Ilustração: a racionalização do mundo da vida possibilita um aumento da complexidade sistêmica, complexidade essa que se hipertrofia ao ponto de que os imperativos sistêmicos, já sem freio algum, desbordem da capacidade de absorção do mundo da vida, que resta instrumentalizado por ela.

A Economia e o Estado seriam, para HABERMAS, referidos sistemas marcados pelo agir estratégico. O aparato burocrático estatal e a economia capitalista desenvolveram uma autonomia sistêmica e, em seus respectivos domínios, o poder e o dinheiro converteram-se em importantes meios não lingüísticos¹⁸⁹ de integração social que se opõem à interação lingüística da ação comunicativa.

Dessa forma, a desconexão entre mundo da vida e sistema social rompe com o horizonte do mundo da vida, prejudicando a compreensão originária da prática comunicativa cotidiana. Nesse contexto, HABERMAS introduz o conceito de colonização do mundo da vida¹⁹⁰.

2.3. A juridicização como tendência de colonização do mundo da vida

Conforme sustenta HABERMAS¹⁹¹, a racionalização do mundo da vida pode ser concebida como uma progressiva liberação do potencial de racionalidade que a ação comunicativa trás em seu bojo. Com isso, a ação orientada ao entendimento adquire uma autonomia cada vez maior frente aos contextos normativos, mas, simultaneamente, o

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 217.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 489 ss.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 219.

mecanismo do entendimento, cada vez mais sobrecarregado e finalmente desbordado, é substituído por meios de comunicação não lingüísticos.

A tendência evolutiva ao desacoplamento entre sistema e mundo da vida acima referida torna manifesta a incontida ironia¹⁹² do processo universal de Ilustração: “a racionalização do mundo da vida possibilita um aumento da complexidade sistêmica, complexidade essa que se hipertrofia ao ponto de os imperativos sistêmicos, já sem freio algum, desbordem da capacidade de absorção do mundo da vida”, que resta assim instrumentalizado.

Segundo HABERMAS¹⁹³, o processo de colonização do mundo da vida traduz-se da seguinte forma:

(.) os imperativos dos subsistemas autonomizados, enquanto despojados de seu véu ideológico, penetram *desde fora* no mundo da vida – como senhores coloniais em uma sociedade tribal – e impõem sua assimilação; e as perspectivas dispersas da cultura nativa não podem se coordenar até o ponto em que se permitisse perceber e penetrar desde a periferia o jogo das metrópolis e do mercado mundial.

Tem-se, assim, que a colonização do mundo da vida define-se pelo fato de os subsistemas regidos por meios, ou seja, Economia e Estado, penetrarem com seus meios monetários e burocráticos na reprodução simbólica do mundo da vida de forma destrutiva, desafiando sua capacidade de assimilação.

Referido processo de colonização pode ser produzido em quatro hipóteses, sendo que HABERMAS volta sua atenção para aquela que se dá por um processo

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 219.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 502.

denominado juridicização (*Verrechtlichung*) dos âmbitos de ação estruturados comunicativamente¹⁹⁴.

HABERMAS justifica sua escolha aduzindo que a reprodução simbólica do mundo da vida realizada sobre uma base sistêmica, que tem lugar quando a reprodução cultural, a integração social e a socialização se reproduzem sob a influência de condições de um agir formalmente organizado, acarreta efeitos danosos para o Estado social. Essas ações ora descritas são entendidas por HABERMAS como relações que se expressam através do Direito moderno¹⁹⁵. Em outras palavras, a passagem da integração social mediada pelo agir comunicativo para a integração sistêmica regida pelo agir estratégico realiza-se por intermédio de processos de juridicização¹⁹⁶

HABERMAS¹⁹⁷ entende esse processo de juridicização como a tendência, presente nas sociedades modernas, do aumento crescente das tipificações concebidas como jurídicas, com o conseqüente incremento do ordenamento jurídico em proporções avassaladoras. Por esse processo, matérias que compõem o espaço de reprodução material e simbólica da vida, que antes eram reguladas informalmente, agora passam a se manifestar de forma codificada, sendo traduzidas em legislação específica. Esta tendência possui um caráter dúplice, podendo ser identificada tanto com a *extensão* do Direito quanto com seu *adensamento*, que significa o desmembramento de uma matéria jurídica global em diversas outras particulares¹⁹⁸.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 503.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 504

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 504

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 504-505.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 504.

A descrição do processo social de juridicização pressupõe a referência a *quatro jornadas de juridicização* que marcam época¹⁹⁹ e levam em consideração o tipo de Estado adotado.

A primeira jornada surge na Modernidade, com o processo europeu de criação do Estado-Nação em um contexto de Absolutismo, e conduz ao *Estado burguês*.²⁰⁰ Essa fase caracteriza-se pela institucionalização da diferença entre Economia e Estado enquanto subsistemas. O Estado burguês relaciona-se com a passagem de uma sociedade estamental para uma sociedade capitalista. A Economia, por seu turno, se estabelece no marco de um *Direito privado* entre sujeitos de direito que agem de modo estratégico, regidos por um contrato.

Os traços distintivos do Direito Privado burguês são a positividade, a legalidade e o formalismo. A *positividade* concerne ao modo como é estatuído o Direito moderno. Ela expressa a vontade de um legislador político, mandatário da soberania popular²⁰¹, que se utiliza do meio do Direito para organizar situações sociais. A *legalidade*, por sua vez, significa concordância àquilo que é de fato estabelecido como Direito. Ela desempenha a função de proteção dos indivíduos contra as inclinações privadas através dos limites de comportamento expressos em lei. Já o *formalismo* é entendido por HABERMAS como o recurso que possibilita aos indivíduos a liberdade em termos negativos, ou seja, como esfera que possibilita às pessoas o exercício de seu livre arbítrio com a proteção contra intervenções estatal ou privada.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 505.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 506.

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. vol.I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: 1997, p. 116-139.

Ao Direito privado é incumbida a função de assegurar a liberdade e a propriedade da pessoa privada, bem como de garantir certa previsibilidade das condutas sociais em respeito à segurança jurídica e à igualdade formal perante a lei. De outro lado, um Direito Público estabelece-se enquanto produtor de juridicidade com o exercício do monopólio do poder de sanção. Com esse monopólio, o Estado organiza-se em termos burocráticos, passando o soberano a exercer uma dominação legal, pelo que o monopólio da força converte-se em um instrumento de pura dominação.

Segundo HABERMAS, essa fase se exemplifica em sua plena expressão no Leviatã²⁰², de HOBBS. Isso porque nela a ordem social é fruto da constituição da sociedade civil a partir do Estado, sendo o mundo da vida o espaço da liberdade negativa. Através da celebração de contratos, as pessoas instituem um espaço mínimo de atuação necessário para garantir a integridade física e a paz social enquanto que se permite a institucionalização de uma racionalidade regida pelo poder e pelo dinheiro.

A segunda jornada produziu o *Estado de Direito*²⁰³, que adotou uma forma emblemática na monarquia alemã do século XIX. Esta fase é marcada pela normatização de um poder político (público) que se fez jurídico-constitucional e que, diferentemente da jornada anterior, não se satisfaz com a mera regulamentação legal. Nesta jornada, aos sujeitos privados são reconhecidos direitos públicos subjetivos que se opõem inclusive ao Estado, havendo uma coordenação entre direitos dos cidadãos e do soberano de modo a se falar em império da lei.

A idéia de Estado de Direito implica o estabelecimento de normas jurídicas em nível constitucional, moralmente justificadas, que informam todo o sistema jurídico.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 506.

²⁰³ *Ibidem*, p. 508.

Assim, direitos como liberdade, vida, e propriedade são deslocados de uma perspectiva econômica e funcionalista para outra de densidade moral. Dessa forma, ao invés de se ocupar com a garantia da diferença entre Estado e Economia, o Estado de Direito procede ao reconhecimento do mundo da vida burguês, tendo em vista que o movimento constitucionalista busca uma legitimidade baseada no mundo da vida.²⁰⁴ Esse avanço constitucionalista não assegura, contudo, uma abertura democrática na construção desse mesmo Direito²⁰⁵.

A terceira jornada de juridicização relaciona-se com o *Estado Democrático de Direito*²⁰⁶, estabelecido a partir da Revolução Francesa. A referência ao termo ‘democrático’ refere-se a uma maior abertura à participação política ocorrida nesse período. HABERMAS caracteriza essa etapa como aquela que deu forma jurídico-constitucional à idéia de liberdade já contida no conceito jusnaturalista de lei. A inovação quanto à jornada anterior é o reconhecimento dos cidadãos enquanto tais em razão de serem sede do poder político.

Nessa jornada, há, ainda, uma juridicização do processo de legitimação²⁰⁷ através dos mecanismos oferecidos pelo voto, liberdade de organização e abertura à criação de partidos políticos. Nesse contexto, HABERMAS refere-se à questão da transformação do papel do ordenamento jurídico de garantia da liberdade para privação da liberdade²⁰⁸, ocorrida com a organização do exercício das liberdades cidadãs. Aduz que o aspecto da privação da liberdade deduz-se do modo burocrático de aplicação dos direitos de participação, e não de sua forma.

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 509.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 508.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 509.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 509.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 515.

Por fim, a quarta jornada diz respeito ao *Estado Social e Democrático de Direito*²⁰⁹, instituído a partir das reivindicações dos movimentos operários europeus ao longo do século XX. Nesta fase, ocorre a constitucionalização da relação do poder social estruturado em classes, sendo exemplos dessa juridicização os direitos trabalhistas e a seguridade social.

Trata-se, assim, de uma juridicização do mundo do trabalho²¹⁰ que inicialmente estava submetido ao poder de disposição e à autoridade dos proprietários dos meios de produção. As normas jurídicas passam a ter a função de manter o conflito entre classes em níveis razoáveis, sendo sua função específica absorver²¹¹ os efeitos externos de uma produção baseada na mão-de-obra assalariada causados pelo impacto do capitalismo.

O papel desempenhado pelo cidadão que se fez sujeito de direito é o de um cliente que age estrategicamente na perseguição de seus interesses privados. Por esse motivo, faz-se necessária uma legislação social que tenha por finalidade responder concretamente a problemas específicos dos sujeitos individuais. Ocorre que a tipificação dos casos concretos passa pelo *medium* da burocracia.

Nesse contexto, surge o caráter ambivalente²¹² dessa etapa de juridicização: as políticas do Estado Social e Democrático de Direito visavam à integração social, no entanto, o processo de juridicização baseava-se nos meios do dinheiro, pelo processo produtivo, e do poder, fundado na burocracia. Isso acarretou uma desintegração do modo de

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p.510.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 511.

²¹¹ *Ibidem*, p. 511.

²¹² *Ibidem*, p. 514.

Nas palavras de Habermas, “A estrutura dilemática desse tipo de juridicização consiste em que as garantias que o Estado social comporta deveriam servir à integração social e, no entanto, fomentam a desintegração daqueles contextos do mundo da vida que, em decorrência da forma jurídica que a intervenção do Estado adota, desligam-se do entendimento como mecanismo de coordenação da ação e acomodam-se aos meios do dinheiro e do poder”.

reprodução do mundo da vida, pois, em face do modelo jurídico adotado pelo Estado, o entendimento enquanto mecanismo de coordenação da ação foi substituído pelos referidos meios do dinheiro e do poder.

O impacto negativo dessa quarta jornada é a secundarização da participação política decorrente da maneira como esta juridicização fora conduzida²¹³. A democracia cede lugar à burocracia, haja vista que a exigência democrática da participação política e do exercício da cidadania submete-se à forma como esses direitos políticos são exercidos, o que se dá sob preceitos burocráticos. Isso porque a tentativa de institucionalizar a participação política por meio da criação de procedimentos que lhe confirmam efetividade acaba por impedir²¹⁴ o acesso a essas vias por grande parte dos cidadãos.

A partir da análise dessas quatro grandes jornadas globais de juridicização, uma questão central se põe: se a abertura da dominação burocrática e do processo de acumulação econômica no mundo da vida possibilita certa legitimidade à atuação dos poderes administrativo e econômico, qual seria a legitimidade do próprio Direito?

2.4. O Direito enquanto meio e instituição e a questão de sua legitimidade

À indagação acima formulada, HABERMAS²¹⁵ apresenta uma dupla resposta: a legitimação do Direito pode se dar por duas vias: a) pela correção procedimental em que as normas foram estatuídas, e b) pela possibilidade de uma justificação material para além da formal representada pelo procedimento. Assim, por um lado há uma

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 511.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 515.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 516.

justificação formal garantida pela correção do procedimento de produção normativa, apontada pelo autor como a única forma de legitimidade possível para o positivismo²¹⁶. Por outro, uma justificação material que, não desprezando a formal, permitiria também uma legitimidade para além do mero processo de produção normativa.

Tal distinção reflete a concepção dialética do Direito defendida por HABERMAS, que entende o Direito em dois sentidos distintos: meio de organização e instituição (*Law as medium and Law as institution*)²¹⁷

O *Direito como meio* seria um instrumento para a organização dos subsistemas que têm uma linguagem própria, que são regidos pelo poder administrativo e pelo dinheiro, sendo orientados ao êxito, quais sejam: Economia e Estado. O Direito configura-se, então, como um meio de controle²¹⁸, tendo em vista que, ao ficar ‘combinado’ com os meios do dinheiro e do poder, estabelece as situações jurídicas que constituem o campo de ação desses sistemas autonomizados. Nesse sentido, HABERMAS²¹⁹ entende a maior parte das matérias jurídicas, tais como o direito económico, o direito empresarial, o direito comercial e o direito administrativo.

Entendido como meio, o Direito legitima-se pela correção procedimental, com a simples verificação do procedimento pelo qual as normas - a lei, a decisão jurisdicional e o ato administrativo²²⁰ - foram estatuídas, ficando, assim, isento da problemática da fundamentação material. Da mesma forma, HABERMAS compreende o

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 516.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Law as medium and Law as institution*. In TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. New York, 1988, pp. 203-220.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 516

²¹⁹ *Ibidem*, p. 518.

²²⁰ *Ibidem*, p. 516.

Positivismo Jurídico, que defende a legitimidade pela correção procedimental, e remete a questão de sua justificação aos órgãos do Estado.²²¹

De outra parte, HABERMAS defende que o Direito concebido como meio permanece conectado ao *Direito como instituição* em razão de sua vinculação a normas de patamar superior, a saber: normas constitucionais²²². Por instituições jurídicas²²³, HABERMAS entende as normas jurídicas que não podem ser legitimadas de modo suficiente somente pelo apelo, em termos positivistas, à sua correção procedimental. Nesse sentido, são entendidos os fundamentos do direito constitucional, os princípios penais e processuais penais e os assuntos referentes a matérias próximas à moral, tais como homicídio e aborto, dentre outros.

Para HABERMAS, somente quando o Direito é visto como uma esfera que compõe o mundo da vida, assume sentido a pergunta sobre a liberdade, que só se põe a partir da concepção de Direito enquanto sociabilidade originária consubstanciada nas instituições jurídicas²²⁴.

Diferentemente do Direito como meio, o Direito como instituição não pode ter sua legitimidade aferida tão-somente pelo recurso ao procedimento formal, mas necessita também de uma justificação material. Dessa forma, HABERMAS sustenta uma crítica ao positivismo jurídico ao afirmar que, em determinados casos, a mera referência ao procedimento torna-se insuficiente para legitimar o Direito.

A necessidade de justificação material, segundo o autor, decorre do fato de que as instituições jurídicas pertencem aos componentes sociais do mundo da vida, sendo

²²¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 516.

²²² *Ibidem*, p. 518.

²²³ *Ibidem*, p. 516.

²²⁴ *Ibidem*, p. 518.

que a matéria trabalhada pelo Direito como instituição faz parte das ‘ordens legítimas do mundo da vida’²²⁵. Nesse contexto, as questões tratadas pelo Direito como instituição podem ser ‘moralizadas’, ou seja, abordadas em sua dimensão ética constitutiva²²⁶. Destarte, HABERMAS procede a uma definitiva confusão entre Direito, Moral e Ética.

O Direito como instituição, ademais, desempenha somente um papel regulativo, ao contrário do Direito como meio, que constitui de forma controlada o Estado e a Economia. Tal assertiva explica-se pelo fato de que as instituições jurídicas, ao se apresentarem conectadas ao mundo da vida, estão em um âmbito político-cultural e social mais amplo, pelo que guardam uma *relação de continuidade com as normas éticas* e institucionalizam âmbitos de ação comunicativamente estruturados, conferindo força vinculante pela sanção estatal àquilo que já estava informalmente constituído.²²⁷

Evidencia-se, assim, uma confusão entre justificação do Direito em termos procedimentais e morais, além de uma relação de continuidade entre Direito e Moral. Segundo CHAMON JUNIOR²²⁸, referida confusão, que se expressa na simultaneidade dos argumentos de legitimação ora com base em mera correção procedimental suficiente ora fundada em termos morais, denota, na verdade, uma contradição no pensamento do próprio HABERMAS:

Na medida em que este [Habermas] afirma que em razão da existência de princípios prático-morais – ainda que vinculados à moral – em um contexto pós-convencional é que surge pela “primeira vez a *idéia de que todas as normas jurídicas são em princípio suscetíveis de críticas e que, por isso mesmo, faz-se mister justificá-las*”, é que não podemos

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 517.

²²⁶ *Ibidem*, p. 517.

²²⁷ *Ibidem*, p. 517.

²²⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 200.

compreender como o autor procede ao entendimento de que o Direito como meio poderia ser tido enquanto capaz de ser justificado meramente pelo procedimento. (grifos originais)

Nestes termos, ao excluir problemática da legitimidade material do Direito como meio, HABERMAS deixa de observar os pressupostos de necessidade de justificação de todas as normas jurídicas enquanto racionalidade prática estabelecida na sua própria teoria da ação comunicativa e reduz a questão da legitimidade do Direito (validade) à questão da mera positividade (facticidade). Esta questão será mais tarde revisitada pelo autor em sua obra *Faktizität und Geltung*, onde levará a cabo uma redefinição de sua concepção de Direito.

2.5. Direito, Moral e as *Tanner Lectures*

Retomando a questão da possibilidade de legitimação material do Direito, assim em referência ao mundo da vida, vimos que, na Teoria da Ação Comunicativa, HABERMAS concebe o Direito em dois sentidos: de um lado, o Direito como meio, ‘desmoralizado’ pelo fato de se voltar à organização dos subsistemas regidos pela ação estratégica e, por isso, ‘desconectado’ do mundo vida; e, de outro, o Direito como instituição, justificado em termos morais no âmbito constitucional.

Considerando-se a premissa de que a relação entre Direito e Moral é de extrema relevância na teoria habermasiana, tendo em vista que HABERMAS entende o discurso jurídico como um caso especial da argumentação moral, nos moldes do

pensamento de ALEXY²²⁹, juntamente com referida dialética do Direito meio/instituição, pode-se deduzir que HABERMAS, na sua Teoria da Ação Comunicativa, pretende fazer uma separação entre um Direito com conteúdo moral (instituição) e um Direito sem conteúdo moral (meio) ou indiferente a este.

Essa indeterminação dos limites e da relação entre Direito e Moral, bem como a falta de explicação clara acerca do discurso jurídico, levaram HABERMAS a explicitar seu ponto de vista no texto *Tanner Lectures*, fruto de duas aulas apresentadas em 1986 na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, sob o título *Direito e Moral*, publicado em 1988. Elas representam uma primeira tentativa de elaborar satisfatoriamente um conceito de Direito, através do agir comunicativo, que seja apto a enfrentar a exigência moderna de fundamentação e validade do ordenamento jurídico²³⁰.

Nesse texto, o autor retoma a questão da possibilidade ou não de afirmação da legitimidade pela legalidade a partir da retomada da crítica do pensamento de WEBER. A explanação de HABERMAS tem início com a análise do conceito positivista de Direito em WEBER, segundo o qual é Direito toda emanção que parte do Poder Político, desde que sejam satisfeitas as condições processuais inerentes ao procedimento legislativo. O Direito moderno estaria, nesse sentido, vinculado a uma racionalidade imanente à forma jurídica em si, o que significa dizer que a legitimidade do Direito decorreria de sua própria formalidade sem necessidade de referência à razão prática e a questões morais²³¹.

Assim, em razão de ser dotado de formalidade e racionalidade próprias, o Direito, para WEBER, não se confundiria com a Moral. Desse modo, WEBER interpreta o

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 60 e 338. A propósito, veja-se item 1.5.

²³⁰ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3 ed. rev. ampl. Belo Horizonte, 2004, p.65.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. vol.II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 535.

atrelamento do Direito à Moral como uma possibilidade de perda de sua racionalidade e, por conseguinte, como uma ameaça de ‘desformalização’²³² ao fundamento que legitima a dominação exercida conforme a norma jurídica.

Segundo WEBER, a racionalidade do Direito reside no seu formalismo e se expressa de três modos: a) através do escalonamento hierárquico das normas jurídicas de modo a caracterizar um ordenamento submetido à uma norma regia que controla as demais normas; b) pela forma geral e abstrata que confere ao sistema jurídico uma uniformidade em sua estrutura; e c) pela exigência de que os atos administrativos e jurisdicionais sejam estritamente legais, o que proporciona a vinculação desses atos a um processo que se pauta pelo acatamento das prescrições legais (“império da lei”)²³³.

A construção do ordenamento jurídico a partir dessa estrutura formal é o que possibilita a idéia de plenitude do ordenamento, bem como a subordinação de todas as esferas da juridicidade a uma lei fundamental. Assim, a certeza e a segurança jurídica, fundamentais no positivismo, estariam em leis gerais e abstratas aplicadas a todos em um procedimento também formalmente determinado²³⁴. Como a medida da racionalidade para WEBER é determinada por esses elementos formais, tem-se uma racionalidade neutra em relação à Moral²³⁵.

WEBER confere ao termo racional três sentidos distintos: a) racionalidade instrumental; b) racionalidade de fins; e c) racionalidade científico-metódica. O primeiro é utilizado no sentido de uma racionalidade técnica, aferida pela verificação de correspondência a regras para esclarecer que a constância e a regularidade, de maneira

²³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. vol.II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 536.

²³³ *Ibidem*, pp. 537, 538, 540.

²³⁴ *Ibidem*, p. 540.

²³⁵ *Ibidem*, p. 197.

geral, são relevantes para uma certa racionalidade. O segundo é aquele que se guia pela consecução de um fim determinado. O terceiro é aquele em que é racional a sistematização dos sistemas simbólicos efetuados intelectualmente por especialistas.

Assim, as qualidades formais do Direito reúnem ao mesmo tempo três tipos de racionalidade tendo em vista que o sistema jurídico é estruturado conforme: a) a racionalização jurídica que lhe confere os juristas, na medida em que uma elaboração conceitual lhe empresta uma sistematicidade; b) o Direito é configurado a partir de normas que garantem a liberdade negativa dos sujeitos de direito, ou seja, são elaborados espaços privados na busca dos interesses individuais protegidos da intromissão estatal bem como de outros sujeitos de direito; e c) a institucionalização de procedimentos que tornam calculáveis as relações que se desenrolam no interior do sistema. Portanto, o Direito reúne todas as exigências weberianas para sua classificação como formal.

No entanto, a questão para HABERMAS é se essas qualidades formais são suficientes para garantir ao Direito um fundamento racional²³⁶. Esses aspectos da racionalidade jurídica, propostos por WEBER enquanto elementos de conferência de legitimidade ao Direito pela legalidade, foram, contudo, considerados falhos por HABERMAS. No campo da racionalidade técnica, relacionada à faculdade atribuída, sobretudo, ao Direito privado de verificação de uma regularidade e um certo nível de calculabilidade quanto ao resultado, a certeza e a segurança jurídicas decorrem de uma abertura ao mundo da vida em que conflitos de princípios devem ser resolvidos desde uma perspectiva moral, portanto, universalizante, e não meramente procedimental.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 540.

Do mesmo modo, a racionalidade jurídica conferida a partir das leis gerais e abstratas reconhecida por WEBER é rebatida por HABERMAS, para quem o enfoque funcionalista da racionalidade jurídica deve dar espaço à uma visão moral. Nesse sentido, é o fato de as leis serem abstratas e gerais, e não sua funcionalidade, o que permite o respeito ao princípio da igualdade, pelo que a igualdade é apresentada também numa perspectiva moral.²³⁷

A racionalidade do Direito tampouco estaria na sistematização de um conjunto de normas, o que também denota a falha do pensamento weberiano. Isso porque a busca de sistematização em um momento pós-tradicional serve apenas como um mecanismo para esclarecer a legitimidade do Direito, mas não para conferi-la. Para HABERMAS, as normas jurídicas devem ser fundamentadas como integrantes de uma ordem jurídica que, em conjunto, seja convincente desde princípios morais, sendo que tais princípios podem, contudo, entrar em colisão quando submetidos a um exame discursivo.

Desse modo, a legitimidade do Direito estaria submetida a um juízo de ponderação entre princípios morais diversos, cuja colisão deve ser decidida desde uma perspectiva moral e levando em consideração uma potencialidade de interesses.²³⁸ Trata-se, então, de uma ‘racionalidade que não é moralmente neutra’.²³⁹

HABERMAS aponta, ainda, como outro equívoco de WEBER o fato de ele não ter reconhecido um núcleo moral do Direito formal burguês, o que o levou a não delimitar de forma adequada valores preferíveis e recomendáveis, no marco das tradições, e

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 541-542.

²³⁸ *Ibidem*, p. 541.

²³⁹ *Ibidem*, p. 542.

validade normativa, no contexto de uma universalidade de destinatários das normas jurídicas. Assim, assevera que WEBER não entendeu²⁴⁰

(.) que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento.

Disso resulta, para HABERMAS, que o apelo weberiano às instâncias formal e material não é suficiente para estabelecer com clareza a distinção entre Direito e Moral. Isso porque as qualidades formais do Direito, quais sejam, positividade, legalidade e formalidade, só seriam legitimadoras na medida em que pudessem ser consideradas como racionais em um sentido prático-moral, o que não teria sido percebido por WEBER.²⁴¹

Nas palavras de HABERMAS²⁴²,

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos de argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade instrumental.

Após as críticas ao pensamento weberiano, HABERMAS defende uma visão reconstrutiva da questão da legitimidade pela legalidade que norteia as *Tanner Lectures*. Dessa forma, procede à uma revisão de seu próprio entendimento acerca da legitimidade expresso na Teoria da Ação Comunicativa afirmando que a legitimidade do Direito

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 201-202.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 543.

²⁴² *Ibidem*, p. 203.

somente pode ser entendida enquanto referente à Moral, como derivada de uma relação interna entre essas esferas, e não de um procedimento formal, conforme havia sustentado para o Direito como meio, sendo isso válido inclusive para o Direito formal burguês na medida em que a abstração e a generalidade das leis são referidas a um princípio moral, que é a igualdade²⁴³.

Assim, HABERMAS constrói uma nova noção de legitimidade do Direito que, como dito, se distancia daquela explicitada na Teoria da Ação Comunicativa, defendendo que toda a argumentação jurídica pode ser entendida como uma argumentação moral especial em face do recurso ao princípio moral da igualdade como base da generalidade e da abstração das normas jurídicas.

Ressalte-se, a propósito, que, nas *Tanner Lectures*, HABERMAS deixa de fazer referência a uma distinção nítida entre Direito como meio e como instituição, conforme outrora havia feito. A motivação para tanto, talvez, esteja na adoção dessa nova noção de legitimidade justificada moralmente e não funcionalmente.

O aspecto formal do Direito, para HABERMAS, decorre de uma dimensão procedimental institucionalizada típica da Modernidade, quando surgiu o procedimento de produção de normas sem qualquer determinação de seu conteúdo. Tal fato, ao invés de excluir a necessidade de justificação das normas jurídicas, na verdade a impõe como um dever²⁴⁴ a ser observado.

O Direito moderno, de acordo com essa nova concepção habermasiana a partir de uma leitura de DWORKIN, passa a ser entendido como sendo estruturado em regras e princípios. Referidos princípios apresentam-se simultaneamente como jurídicos e

²⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 544.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 544.

morais, sendo essa a razão da abertura dos discursos jurídicos a discursos morais desde uma lógica argumentativa.²⁴⁵

Nesse sentido, tendo em vista que os discursos jurídicos permanecem abertos à argumentação moral, os procedimentos institucionalizados de produção de normas seriam, em consequência, também racionais. Assim, sustenta HABERMAS, a legitimidade da legalidade é fruto da interação entre procedimentos jurídicos institucionalizados com uma argumentação de cunho moral.²⁴⁶

Não se faz mais, portanto, necessário buscar a justificação para o Direito em uma racionalidade isenta de moralidade, como antes sustentado HABERMAS. Isso porque a legitimidade jurídica é fundada no ‘conteúdo moral implícito’ das qualidades formais do Direito²⁴⁷. A argumentação moral surgiria como um processo racional de formação da vontade em que os participantes do discurso devem atuar de modo livre e igual, sendo submetidos apenas à coerção do melhor argumento, o que remete à razão comunicativa característica da teoria habermasiana.

Cumpre, assim, esclarecer a relação que, de acordo com HABERMAS, deve-se verificar entre Direito e Moral, qual seja: uma relação de complementaridade. De acordo com esse tipo de relação, os problemas funcionalmente importantes e as matérias de importância social devem ser tratadas de modo unívoco, por meio de decisões socialmente vinculantes²⁴⁸ apresentadas pelo Direito, como forma de superar o déficit cognitivo, motivacional e operacional da Moral frente a determinação da conduta social

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 545.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 545.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 555.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 558.

Esse quadro exige do Direito a absorção das inseguranças proporcionadas eventualmente pelo procedimento falibilista oriundo dos processos morais. Unindo-se à proposta de APEL²⁴⁹, HABERMAS credita à moralidade uma certa imputabilidade, mas tão-somente na medida em que os agentes a entendam como uma ação universalizável, isto é, quando se pode esperar a adesão dos possíveis participantes da comunidade de comunicação. Daí, a necessidade de que as normas morais convertam sua obrigatoriedade em obrigatoriedade jurídica, razão pela qual o Direito, na Modernidade, assume a incumbência de suprir as carências, no plano exterior, de uma moralidade pós-tradicional.

Essa complementação da Moral pelo Direito ocorre moralmente, na medida em que, sendo os discursos jurídicos baseados no princípio moral da igualdade, obtém-se a efetividade das normas que, embora não possam ser exigidas de um ponto de vista moral, podem ser determinadas por uma ordem jurídica que, por sua vez, é justificada moralmente²⁵⁰.

O Direito apresenta-se, desse modo, como uma compensação de uma Moral autônoma e que apresenta déficits de fundamentação no momento pós-tradicional. Ademais, o Direito moderno, configurado de forma escrita e sistematizada, exonera os indivíduos de um esforço moral, sendo suficiente para a legitimação de suas ações apenas a referência ao Direito²⁵¹.

Assim, a Moral se encontraria no interior do Direito, sem, contudo, esgotar-se nele. Esta moralidade instalada no Direito, adverte HABERMAS, não possui um conteúdo normativo determinado, tendo em vista que se remete a um procedimento de

²⁴⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3 ed. rev. ampl. Belo Horizonte, 2004, pp. 79-80.

²⁵⁰ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997., p. 558.

²⁵¹ *Ibidem*, p.559

fundamentação e aplicação de conteúdos normativos possíveis, institucionalizado no Estado de Direito pelas vias de justificação que ficam abertas a argumentações morais. Dessa forma, HABERMAS pretende eximir seu pensamento de vínculos com o direito natural, que se caracteriza pela noção de determinação do conteúdo normativo.

Como não possui um conteúdo metafísico, a Moral se constitui enquanto procedimento que permite a busca da fundamentação das normas, de acordo com conteúdos normativamente fracos. Esse entrelaçamento entre os procedimentos jurídico e moral permite um controle mútuo entre ambos, haja vista que²⁵²

(.) nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão. De outro lado, porém, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade.

Com essas considerações, HABERMAS redefine seu pensamento acerca da legitimidade pela simples correção procedimental e afirma que, somente a partir da abertura à Moral desde uma perspectiva procedimental torna-se possível falar em legitimidade do Direito.

²⁵² HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.218-219.

2.6. A racionalidade procedimental do Direito e a relação entre Direito, Política e Moral

Ao adotar uma estrutura procedimental com o entrelaçamento de processos jurídicos e morais, a racionalidade do Direito torna-se muito mais complexa, já que a moralidade jurídica não pode mais ser vista como um assunto restrito ao Direito compreendido de modo formal, o que acarreta sua associação com a Política e a Moral.

Em termos de História do Direito, a estrutura jurídica é definida, até a Idade Média, pela distinção entre sagrado e profano. Esse direito sagrado, ou Direito Natural, não estaria à disposição do soberano, constituindo uma moldura para o Direito profano proveniente da autoridade política. Assim, o Direito teria uma dupla estrutura, correspondente a uma esfera normativa indisponível em um sentido sacro e outra esfera instrumental à disposição do soberano político. Com isso, a validade de um ordenamento jurídico residiria na sua conformidade aos princípios invariáveis prescritos pelo Direito natural. Entre essas esferas, há, segundo HABERMAS²⁵³, uma tensão intransponível.

Referida tensão, nas sociedades modernas, não é mais capaz de oferecer uma interpretação satisfatória para a comunidade jurídica. Isso porque, com a secularização do mundo da vida, a esfera normativa legitimadora antes indisponível, cai em descrédito, do que decorre a emancipação do poder político em relação a essa esfera, passando o mesmo a ser secular. Nesse contexto, o Direito, por se desligar dessa esfera normativa legitimadora, passa a ser instrumentalizado e reduzido ao poder factual.

A Teoria da Ação Comunicativa aponta o caráter pós-tradicional do Direito moderno, relacionado à sua institucionalização por ordens legítimas, as quais pressupõem

²⁵³ HABERMAS, Jurgén. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

um acordo fundado no reconhecimento intersubjetivo das normas. MOREIRA²⁵⁴,
discorrendo sobre o assunto, aponta que:

Em sociedades pós-metafísicas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes.

Para HABERMAS²⁵⁵, somente na etapa pós-convencional do Direito as estruturas da consciência moral moderna materializam-se no sistema jurídico. Isso ocorre precisamente no Direito privado burguês, que, como visto, se caracteriza pela positividade, pela legalidade e pelo formalismo.

Com a distinção entre moralidade e legalidade ocorrida no Direito moderno, surge, segundo entendimento de HABERMAS, a necessidade de justificação prática para as normas legais que, por sua vez, vincula-se a uma moralidade fundada em princípios, tendo em vista que, em última instância, a validade do Direito é dada por princípios morais. OLIVEIRA²⁵⁶, a esse respeito sustenta que:

Ocorre na modernidade um processo de positivação do direito: é direito o que é estabelecido enquanto tal, que vem acoplado a um processo de legalização e formalização. É exatamente a separação típica da modernidade entre legalidade e moralidade que é condição de possibilidade da institucionalização do dinheiro e do poder numa perspectiva funcional. O desenvolvimento da sociedade moderna é, assim, a institucionalização das relações mercantis e do poder político através do direito positivo. Uma vez

²⁵⁴ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. rev e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 31.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 336.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993, p. 17.

estabelecida a economia capitalista como subsistema de ação instrumental, ela não necessita mais da orientação de ordem ética.

A necessidade de fundamentação das normas jurídicas, bem como a exigência de sua universalidade²⁵⁷ como critério de aceitabilidade relaciona-se com o surgimento da idéia do homem enquanto sujeito de direitos, idéia essa legada do direito natural racional²⁵⁸. Ademais, o pressuposto necessário da fundamentação das normas jurídicas, nesse sentido, passou a ser uma questão de princípios. Contudo, o Direito moderno progressivamente foi se convertendo em instrumento de dominação política²⁵⁹.

Diante de tal situação, surge a pergunta acerca da capacidade do Direito moderno de realizar de forma suficiente a integração social. Essa questão, em última instância, aponta para a relação entre Direito, Política e Moral, pois²⁶⁰

Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *medium* direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral.

HABERMAS destaca que a reviravolta ocorrida no modo de compreender as relações jurídicas a partir de um momento pós-tradicional ocorre pela introdução do conceito de norma jurídica²⁶¹. Com a exigência de normatividade, introduz-se no Direito um caráter de impessoalidade e obrigatoriedade decorrente da positivação da norma

²⁵⁷ Nesse sentido, percebe-se a ligação existente entre a universalidade das normas jurídicas com o princípio da universalização (U) que deve informar a prática jurídica. A propósito, confira-se: HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.36.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003, p. 338.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 338.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997., p. 234.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 235.

jurídica. Nesse sentido, o autor é de opinião de que surgem, no Direito Moderno, com a norma jurídica, os momentos de indisponibilidade e de instrumentalidade que conferem à autoridade detentora do poder de mando também a autorização e o reconhecimento para expressar esse mando segundo uma marca objetiva. Essa autoridade só se realiza quando se expressa em conformidade com uma emanção autorizada pelos membros de uma comunidade que se submetem apenas às regulamentações da lei.

Como a expressão da vontade legítima do soberano realiza-se pela utilização de normas moralmente obrigatórias, põe-se em ação uma espiral que implica uma simultaneidade entre o jurídico, o político e o moral, sendo, contudo, preservadas as identidades de cada uma dessas esferas²⁶². O momento de indisponibilidade que ainda caracteriza o Direito distingue-o da Política.

Nas sociedades complexas, há um vazio de uma normatividade substancial ética que ofereça um modelo de ação. Coube justamente ao Direito a função de preencher esse vazio conservando, contudo, um momento de indisponibilidade assegurado na figura do Direito natural racional. Segundo HABERMAS, o Direito natural racional assume as características de uma moral pós-convencional e passa a ser regido por uma racionalidade procedimental.

Ocorre que, com o aumento da complexidade das sociedades modernas, que se tornaram cada vez mais plurais, o Direito natural racional deixou de fornecer as bases normativas necessárias para a compreensão das relações sociais. Paralelamente a esse fenômeno de incremento da complexidade e da contingência das sociedades modernas,

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 237.

surge a idéia de Estado de Direito, em que a lei funciona como uma instância política soberana sem conteúdo moral.

Com isso, de acordo com a reconstrução histórica empreendida por HABERMAS, já não se torna mais possível creditar o aspecto da moralidade do Direito a uma instância normativa substantiva. HABERMAS, ao incorporar a idéia de Estado de Direito, pretende demonstrar que a racionalidade procedimental assegura ao Direito positivo um momento de indisponibilidade. Esse é, justamente, o critério que o diferencia da Política e da Moral, a despeito de sua complementaridade.

Posteriormente, ao esboçar uma teoria que confronta a tensão entre a facticidade de um Direito, que se encontra em uma comunidade jurídica situada historicamente, e a validade dessas pretensões, que apontam para além de uma comunidade jurídica dada, HABERMAS irá proceder a uma revisão da relação de complementaridade entre Direito, Moral e Política, dando uma nova dimensão ao seu conceito de racionalidade comunicativa.

3 – A CONCEPÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO SEGUNDO HABERMAS

Apesar da inegável importância do Direito para a compreensão do fenômeno social, a tradição crítica herdeira da Escola de Frankfurt não voltou suas atenções para seu estudo provavelmente por entender, na esteira do pensamento marxista, o Direito como uma mera instância de controle social e um instrumento a serviço da classe dominante. A seguinte frase de ADORNO²⁶³ é um exemplo emblemático do desinteresse, senão desprezo mesmo, da teoria crítica em sua origem pelo Direito:

O direito é o fenômeno arquétipo de uma racionalidade irracional. Ele é o que faz do princípio formal de equivalência a norma, camuflagem da desigualdade do igual para que não sejam vistas as diferenças.

Os dois únicos representantes da Escola de Frankfurt em seus primórdios que escreveram sobre questões jurídicas, FRANZ NEUMANN e OTTO KIRCHHEIMER, limitaram sua atenção ao papel do Estado e às instituições jurídicas enquanto instrumentos de dominação.²⁶⁴

HABERMAS, por sua vez, não compartilhou dessa postura de isolamento intelectual com referência ao Direito. Tanto é que já em um de seus primeiros escritos, *Naturrecht und Revolution* (Direito natural e Revolução) de 1962, criticou o intento marxista de reduzir a filosofia do direito hegeliana a uma filosofia materialista da história²⁶⁵. Sustentava, ao revés, que a “infravaloração das tradições do Estado Democrático

²⁶³ Apud VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.67.

²⁶⁴ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.67.

²⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis*: Estudios de filosofía social. Trad. Salvador Más Torres e Carlos Moya Espí. 2 ed., Madrid: Tecnos, 1990, p. 113.

de Direito”²⁶⁶ constitui um dos pontos frágeis mais destacados da teoria crítica elaborada pela geração que lhe precedeu.

Assim, afiliado também à tradição crítico-emancipatória de Frankfurt, ainda que de modo peculiar, HABERMAS se propôs a combater referida deficiência, tendo em vista considerar que o estudo do Direito deve ocupar um lugar de destaque em qualquer abordagem séria da filosofia prática. A publicação de *Fakzität und Geltung* (Direito e Democracia: entre facticidade e validade) em 1992 significou, desse modo, uma ruptura no mundo acadêmico de um silêncio que perdurava a décadas²⁶⁷, tendo finalmente a teoria crítica adentrado no campo da filosofia do Direito e do Estado. Consoante destaca VELASCO ARROYO, HABERMAS supera o crônico déficit temático da filosofia crítica²⁶⁸ sem com isso se olvidar do seu interesse emancipatório.

Ora, HABERMAS recupera explicitamente o projeto iluminista concebido como um programa emancipatório, isto é, como um projeto centrado na liberdade e na justiça alcançadas pelo uso da razão. Tendo em vista que se emancipar, como entende KANT, significa adquirir a capacidade de julgar sem a orientação de outrem, ou seja, de decidir por si mesmo e ser autônomo, o objetivo do referido projeto seria criar as condições para que o indivíduo possa exercer essa capacidade de forma efetiva. Assim, a autonomia pessoal orienta o agir moral, ao passo que, no plano político, a orientação normativa é o autogoverno com vistas à configuração de uma sociedade livre de dominação.

Nesse sentido é que se posiciona a teoria crítica de HABERMAS que, pelo pensar do mundo da vida, busca a realização de seu objetivo de emancipação pela

²⁶⁶ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.68.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 68

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 69.

prevalência de uma razão comunicativa. A respeito da idéia de emancipação no pensamento habermasiano, MILOVIC²⁶⁹ destaca que:

Entretanto, ao invés de pensar o sistema, Habermas tendo em vista o grande motivo fenomenológico se volta para o mundo da vida com o qual ele associa a comunicação não-reprimida. Liberar o mundo da vida da colonização sistêmica, liberar a comunicação e o olhar crítico, abrir as possibilidades para as alternativas – são os apelos que estão saindo da sua posição.

Até 1992, a ética discursiva constituía a principal reflexão teórica gerada pela aplicação do paradigma da razão comunicativa desenvolvido por HABERMAS às questões próprias da filosofia prática. Por essa razão, VELASCO ARROYO²⁷⁰ assevera que, até essa época, não cabia falar propriamente em uma teoria habermasiana do direito, posto que referida teoria fora sugerida de maneira fragmentária, carecendo de elaboração sistemática.

A despeito disso, é possível perceber na teoria da ação comunicativa de HABERMAS um interesse crescente sobre as questões jurídicas, como o problema da legitimação, além do aprofundamento, nos anos 80, de seus estudos sobre a juridicização, entendida como uma manifestação sintomática do processo de colonização do mundo da vida pelos imperativos funcionais do sistema, conforme já referido no capítulo anterior. Com isso, seus estudos denunciam que, por trás do intento de implementar a racionalidade nas relações humanas e de reduzir a complexidade social, esconde-se uma extensão da dominação legal-racional que produz efeitos coisificadores e deshumanizantes²⁷¹.

²⁶⁹ MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da diferença*. Ijuí:Unijuí, 2004, p. 65.

²⁷⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2003, p.69.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

A partir do reconhecimento da importância do Direito como fator decisivo de modernização e da consideração de que os problemas de legitimação no âmbito político-moral não podem ficar “inertes” diante do “fenômeno da juridificação como manifestação paradigmática do mais amplo processo de colonização do mundo da vida pelo sistema”²⁷², com a conseqüente tomada de posição de HABERMAS acerca de questões como o sentido da desobediência civil, da relação entre Direito e Moral, da soberania popular e do direito de cidadania, a teoria crítica habermasiana sofre um verdadeiro “giro jurídico”²⁷³, conforme afirma VELASCO ARROYO.

Na esteira desse giro, HABERMAS recapitula os resultados de sua Teoria da Ação Comunicativa com o objetivo de especificar, de forma mais clara, as condições para a aplicação de suas conclusões nas sociedades modernas complexas, nas quais adquire sentido a análise dos fundamentos da instituição jurídica e da política democrática participativa²⁷⁴, pela elaboração de uma *Teoria Discursiva do Direito*. Referida teoria tem por objetivo explicitar o papel que deve desempenhar o Direito como categoria mediadora entre a “facticidade da política e da economia e a pretensão de validade normativa da moral”²⁷⁵.

Mediante esse novo enfoque, HABERMAS procede à superação de sua visão do Direito moderno expressa na Teoria da Ação Comunicativa, conferindo uma nova dimensão à sua teoria do discurso e ao conceito de racionalidade comunicativa, com a ampliação das perspectivas necessárias para a apreciação das questões relevantes na teoria do Direito e do Estado.

²⁷² VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *Teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 78-79.

²⁷³ *Ibidem*, p. 79.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 79.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 79.

O projeto habermasiano de uma teoria discursiva do Direito é, segundo MOREIRA²⁷⁶, orientado por três perspectivas: a) primeiro, há um rompimento com a razão prática na medida em que a razão comunicativa se constitui como condição de possibilidade do entendimento, e não mais como informativa da ação; b) segundo, como a razão comunicativa não é imediatamente prática, torna-se possível falar de uma validade falível que é intrínseca ao Direito, pelo que o Direito tem de estabilizar-se enquanto ordem normativa e, ao mesmo tempo, passível de crítica e de revogação; c) terceiro, a relação entre Direito e Moral é repensada, deixando de ser entendida como complementar na linha traçada nas *Tanner Lectures*.

3.1. Da razão prática à razão comunicativa

O enfoque lingüístico-pragmático conferido por HABERMAS à sua teoria discursiva evidencia a conexão existente entre essa obra e seu projeto de explicitar, de modo claro, a racionalidade em um mundo moderno. Retomando o projeto já iniciado em sua Teoria da Ação Comunicativa, mas não satisfatoriamente realizado, HABERMAS defende que o espaço de uma razão prática, atinente à questão de como se deve agir, foi tomado por uma racionalidade comunicativa.

Sustenta HABERMAS²⁷⁷ que, até HEGEL, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Nas sociedades modernas, no entanto, o normativismo da

²⁷⁶ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 137.

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

razão prática se faz presente através da organização democrática da sociedade, que se ordena de modo burocrático voltado para a associação entre Estado e Economia. Com isso, o direito racional é conduzido a uma trilema²⁷⁸: com a substituição da razão prática pela filosofia solipsista, não é mais possível buscar o conteúdo do direito racional em uma teleologia da história, na essência do homem ou, ainda, no apelo às tradições culturais. A ausência de uma instância normativa de conteúdo para orientar as ações em um plano individual ou social abre espaço para a recusa da razão em seu todo.

Não concordando com esse horizonte, HABERMAS, através do giro lingüístico, propõe, em sua teoria do agir comunicativo, a substituição da razão prática pela comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao *medium* lingüístico. E é justamente pelo meio lingüístico que a razão comunicativa se distingue da razão prática. Esta está associada a um padrão interpretativo estabelecido a partir da singularidade, sendo que a filosofia prática parte da premissa solipsista de um sujeito individual que pensa o mundo a partir de si mesmo.

A razão comunicativa, por sua vez, não se encontra adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico²⁷⁹. Ela se insere no *telos* do entendimento a partir do *medium* lingüístico²⁸⁰, através de que as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Diferentemente da razão prática, a razão comunicativa não oferece modelos para a ação²⁸¹, mas sim constitui as condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras do entendimento.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 20.

No ato de fala, os indivíduos buscam entender-se mutuamente sobre algo no mundo, pelo que adotam uma postura performativa que implica a aceitação de certos pressupostos ideais. Na fala, os sujeitos veiculam pretensões de validade que são universais: o falante tem de se expressar de modo inteligível, comunicando-se através de um conteúdo proposicional verdadeiro, expressando-se com sinceridade de modo que seja possível um convencimento acerca do que é comunicado. Ademais, o falante deve proceder com retidão, a fim de que seja possível o alcance do entendimento.

A razão comunicativa, por se assentar em uma base de validade pragmática, possui um caráter contrafactual, pois, quem age comunicativamente

é obrigado a empreender idealizações, por exemplo a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação a proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com outros²⁸².

Assim, conforme destaca MOREIRA²⁸³, a partir desse entendimento possível na razão comunicativa, surge uma tensão entre realidade e idéia, pois ao adotarmos a linguagem fazemos idealizações inevitáveis que podem se opor ao fático.

De outra parte, a razão comunicativa refere-se apenas às intelecções e às asserções criticáveis e abertas a um entendimento argumentativo, permanecendo, nesse sentido, aquém de uma razão prática²⁸⁴, haja vista ser esta muito mais abrangente. Assim,

²⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

²⁸³ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 101.

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 21.

ela faz referência às asserções passíveis de questionamento e abertas a um jogo dialógico de modo que seja possível discutir a referida pretensão à racionalidade.

Ressalte-se que HABERMAS distingue entre a normatividade da razão prática e a racionalidade do discurso. Enquanto aquela é regida por uma obrigatoriedade, pois parte de uma orientação vinculante para o agir, a razão comunicativa, característica do discurso, depreende-se da abertura ao entendimento ao qual se orienta a ação.

Por esse motivo, a razão comunicativa é considerada um componente de uma teoria reconstrutiva da sociedade²⁸⁵ pela qual HABERMAS rejeita o conceito tradicional de razão prática e, em consequência, abandona, em parte, uma concepção normativa que interpreta o Direito como filiado à Moral. É justamente a recusa a esse caráter normativo que leva o autor a formular um novo conceito de Direito de certo modo desligado da clássica vinculação à Moral, por ele mesmo defendida na Teoria da Ação Comunicativa e relacionado a uma razão procedimental.

3.2. Entre facticidade e validade: a tensão estrutural do Direito

Conforme anteriormente mencionado, a razão comunicativa, por se assentar em fundamentos pragmáticos, possui um caráter contrafactual consistente na necessidade de se empreender a idealizações correspondentes às pretensões de validade da inteligibilidade, da verdade, da sinceridade e da retidão normativa presentes em todo ato de fala, as quais constituem condições necessárias para uma comunicação válida.

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 21.

Dentre essas idealizações, tem-se que os falantes, no ato de fala, pressupõem que as expressões lingüísticas podem ter para seus usuários significados idênticos²⁸⁶, noção essa que se posiciona para além do nível individual. Isso porque, na prática, os membros de uma comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Ademais, é preciso que os participantes de uma comunicação partam da suposição de que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações em que podem ser empregadas.²⁸⁷

Assim, após o giro lingüístico, percebe-se, no que se refere aos signos lingüísticos e às regras gramaticais, a presença de um tipo de idealidade que transcende à mera representação individual e que se caracteriza como universal, no sentido de que referidas regras permitem uma forma determinada aos eventos lingüísticos considerados numa relação fonética, sintática e semântica, reconhecível de forma idêntica pelos atores através das variações de seus usos. Vislumbra-se, assim, no campo semântico, a *idealidade relativa ao conceito e ao pensamento*.

HABERMAS afirma que a idealidade da generalidade do conceito e do pensamento interliga-se com outro tipo de idealidade, a saber: a *idealidade da validade veritativa*²⁸⁸. Esta, por sua vez, manifesta-se a partir da constatação de que “somente o pensamento traduzido em proposições ou a proposição verdadeira expressam um fato”²⁸⁹. Isso porque a avaliação de um pensamento ou do sentido assertórico de uma proposição pronunciada coloca em questionamento a validade do juízo ou da frase e, com isso, surge um novo momento de idealidade.

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 29.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 29.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 31.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 29.

Conforme assevera HABERMAS²⁹⁰, a guinada lingüística foi completada por PIERCE com a inclusão na análise formal do uso da linguagem. No lugar do conceito bipolar de um mundo representado lingüisticamente, surge na teoria de PIERCE o conceito tripolar da representação lingüística de algo para um possível intérprete. Nas palavras de HABERMAS²⁹¹,

O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. “Real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição”.

Nisso se revela o nexos interno que existe entre a validade de uma proposição e a prova de sua validade no âmbito de uma comunidade. O que é válido precisa estar em condições de ser comprovado contra as objeções apresentadas factualmente. Nesse sentido, torna-se evidente a existência de uma tensão entre realidade e verdade, que também se traduz como uma tensão entre facticidade e validade, que é inerente à própria linguagem.

Conforme registra HABERMAS, a idealidade da generalidade conceitual coloca a questão de explicar, com o auxílio de regras da linguagem, a forma pela qual os significados idênticos podem se manter em meio à variedade de suas possíveis realizações lingüísticas. A idealidade da validade veritativa, por sua vez, impõe a tarefa de explicar, com o recurso às condições argumentativas da prática de argumentação, como as pretensões de validade levantadas nos discursos e voltadas ao reconhecimento ou aceitação pelos falantes e ouvintes, podem ir além dos *standards* para tomadas de posição em termos

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 31.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 29.

de sim/não em qualquer comunidade particular de intérpretes.²⁹² Segundo o autor, somente esse momento transcendente distingue as práticas de justificação orientadas por pretensões de validade de outras reguladas apenas por convenções sociais.

A substituição realizada por PIERCE da comunidade particular de intérpretes por uma comunidade comunicativa ilimitada, conforme afirma HABERMAS, projeta²⁹³ a tensão entre facticidade e validade para o âmbito dos pressupostos comunicativos, haja vista que, apesar de seu conteúdo ideal, referidos pressupostos precisam ser admitidos factualmente por todos os participantes da comunidade todas as vezes que estes desejarem afirmar ou contestar a verdade de uma proposição ou entrar num processo de argumentação para a justificação de tal pretensão de validade.

Ressalta, ainda, o autor alemão, que a tensão entre facticidade e validade descoberta por PIERCE nos pressupostos ineludíveis da argumentação que permeia a prática científica encontra-se presente também nos pressupostos dos demais tipos de argumentação, inclusive no âmbito dos atos de fala²⁹⁴. Com isso, o autor afirma que as mencionadas idealizações ligadas ao *medium* da linguagem são acessíveis a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento.

Assim, tais idealizações inerentes à linguagem assumem um significado relevante para a teoria da ação quando as forças ilocucionárias de atos de fala são utilizadas para coordenação de planos de ação de diferentes atores na sociedade. Em consequência, o conceito de agir comunicativo assume relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais, pois as suposições contrafactuais dos atores que orientam sua ação por

²⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 33.

²⁹³ *Ibidem*, p. 34.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 34.

pretensões de validade mantêm-se no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa.²⁹⁵ Para HABERMAS, isso significa que a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem, é conectada com a integração de indivíduos socializados comunicativamente.

A integração social, por sua vez, caracteriza-se pelo ‘engate’ dos diversos planos de ação de modo que possibilite o entrelaçamento de intenções e ações dos agentes na sociedade²⁹⁶ de modo menos conflituoso. A canalização das diversas perspectivas de conduta é o que possibilita o surgimento de uma ordem social, tendo em vista que a redução das alternativas a uma medida comum passa a estabilizar o risco de dissenso.

Com o emprego da linguagem como fonte primária de integração social, e não apenas no sentido instrumental, o que se dá pelo uso das citadas forças ilocucionárias das ações de fala, surge uma coordenação de ação que se orienta pela busca do entendimento que advém de um consenso sobre algo no mundo. Ora, o agir comunicativo situa-se no mundo da vida, que é permeado por pano de fundo consensual compartilhado intersubjetivamente que possibilita o alcance do entendimento.

No momento, porém, em que essa estrutura básica não se mostre suficiente para garantir a integração social, surge a possibilidade de dissenso ou a respectiva necessidade de legitimação racional das pretensões de validade veiculadas pelos agentes. No entanto, o possível resgate argumentativo das pretensões de validade faz com que sua transcendentalidade situe-se, ao mesmo tempo, na facticidade de um mundo concreto, haja vista pertencer a uma comunidade histórica real.

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 35.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 36.

Essa tensão, segundo HABERMAS, é estabilizada por intermédio do Direito positivo²⁹⁷. Daí, com o objetivo de entender como a referida tensão possibilita uma integração social, o autor propõe uma intervenção reconstrutiva, a fim de explicar o modo de surgimento da integração social que depende das condições de uma socialização instável, a qual opera com suposições contrafactuais, permanentemente ameaçadas.²⁹⁸ Para tanto, o autor recorre a três passos reconstrutivos, que são imprescindíveis para a compreensão de sua concepção de Direito. Referidos passos fazem referência a três categorias: o mundo da vida, as instituições arcaicas e a sociedade secularizada.

O *primeiro passo reconstrutivo* das condições da integração social nos remete ao conceito de mundo da vida. Destaca o autor que o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte de interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. No agir comunicativo, temos um envolvimento por parte do mundo da vida que nos fornece uma certeza imediata a partir da qual nós vivemos e falamos. Essa presença latente do pano de fundo do agir comunicativo pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente de saber e poder, que se apresenta de modo irreflexivo.

Entretanto, nos utilizamos desse saber inadvertidamente sem ter a consciência de que ele pode ser falso. Esse saber perde essa dimensão inquestionável de fonte de consenso no momento em que é confrontado com pretensões de validade, quando se decompõe como fonte do mundo da vida. Apesar disso, esse pano de fundo consensual, que vem a ser a forma imediata para o mundo da vida, possui uma surpreendente estabilidade.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 35.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 39.

Nas palavras de HABERMAS²⁹⁹:

Entretanto, há algo que lhe confere uma surpreendente estabilidade, imunizando-a contra a pressão de experiências geradoras de continuidade: é o curioso nivelamento da tensão entre facticidade e validade: na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, a qual ultrapassa respectivamente o que é factual e que poderia propiciar um confronto decepcionante com a realidade; ao mesmo tempo permanece intacta a dimensão da qual o saber explícito extrai a força de convicções.

O *segundo passo reconstutivo* remete à estabilidade de expectativas de comportamento em uma integração social que se realiza pelas instituições arcaicas. Nessas instituições, que se apresentam como uma pretensão de autoridade inquestionável, o saber que se torna disponível reflete uma fusão entre facticidade e validade mediada pelo agir comunicativo que canaliza, através de tabus, o agir para uma base comum.³⁰⁰

Em instituições arcaicas, tais como sociedades tribais protegidas por tabus, as expectativas cognitivas e normativas solidificam-se formando um complexo de convicções ligadas a um conteúdo axiológico. A autoridade dessas instituições detentoras de poder agem no interior do mundo vital, a partir de uma espécie de consenso normativo originário, conceito esse tomado por HABERMAS da teoria antropológica³⁰¹. Referido consenso reflete-se nas expectativas de comportamento social, que, apesar de estarem vinculadas estreitamente às instituições podem ser transmitidas e exercitadas culturalmente como saber explícito.

O autor destaca que esse saber só pode ser problematizado com reservas, na medida em que o jogo de narrativas místicas e ações rituais constitui restrição à

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 41-42.

³⁰⁰ *Ibidem*, p.42.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 42.

comunicação e impede o questionamento da validade autoritária dos conteúdos descritivos, valorativos e expressivos que se misturam formando um síndrome.³⁰² Assim, a validade é revestida com o poder factual, o que denota uma fusão entre facticidade e validade que não se realiza no modo de uma familiaridade originária, tal como no mundo da vida, mas no modo de uma “autoridade ambivalente que vem ao nosso encontro de forma impositiva”³⁰³

A ameaça de um poder vingador, juntamente com a força das convicções, decorrem de uma mesma fonte mística, que dá origem, também, à autoridade social - que nessas instituições é sagrada. Por sua vez, as sanções sociais possuem um significado ritual³⁰⁴, no sentido apenas de uma vingança à transgressão contra uma autoridade cogente e obrigatória precedente.

Segundo HABERMAS, a autoridade “fascinosa”³⁰⁵ só pode ser desconsiderada quando a integração social passou a ser informada por uma pretensão de validade que contém em si uma possibilidade de dissenso. A partir de então, a sanção deixa de ser um poder revestido de uma autoridade mística e passa a ser secular. Entretanto, nas instituições arcaicas, a validade mantém a força do fático, seja na figura de certezas do mundo da vida seja nas convicções disponíveis comunicativamente, as quais orientam o comportamento social sob as limitações impostas à comunicação que lhe retiram a possibilidade de questionamento e problematização.

O *terceiro passo reconstutivo* conduz à questão dos aspectos de integração social em sociedades secularizadas, que se mostram complexas e plurais. O desencantamento do mundo da vida decompõe os complexos de convicções sacralizadas

³⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 42-43.

³⁰³ *Ibidem*, p.43.

³⁰⁴ *Ibidem*, p.43

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 43.

existentes nas instituições arcaicas, formando “conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente”³⁰⁶ De outro lado, os processos de diferenciação social acarretam a pluralidade de papéis sociais e interesses que liberam o agir comunicativo das amarras institucionais³⁰⁷ estreitamente circunscritas que atuavam nas instituições arcaicas, o que ampliou a esfera do agir estratégico.

Surge, assim, o problema típico³⁰⁸ das sociedades modernas: “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual as ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?”

HABERMAS aponta o Direito como resposta a essa indagação. Observa que, nas sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em norma de Direito³⁰⁹. Em sociedades arcaicas, essas normas vinculam-se à força do sagrado religiosamente sublimado. Já nas sociedades profanizadas, as ordens normativas devem ser mantidas sem o apelo às garantias meta-sociais. Por isso, a integração social transfere-se, cada vez mais, para as realizações de entendimento de atores para os quais facticidade e a validade são incompatíveis, ao menos fora dos domínios tradicionais.

Nesse contexto, entende que a sociedade tem de ser integrada, em última instância, pelo agir comunicativo³¹⁰. Nessa situação, potencializa-se o problema de como integrar socialmente mundos da vida plurais e profanizados em um contexto crescente de dissenso. Para HABERMAS³¹¹, a necessidade crescente de integração nas sociedades

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.44.

³⁰⁷ *Ibidem*, p.44.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 45.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 45.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 45.

³¹¹ *Ibidem*, p.47.

modernas sobrecarrega a capacidade integradora do mecanismo do entendimento na medida em que aumenta a quantidade de interações estratégicas na sociedade.

A saída para esse problema é apontada pelo autor como sendo a “regulamentação normativa de interações estratégicas”³¹², sobre as quais haveria entendimento entre os próprios atores sociais. Tais regras de regulamentação devem delimitar de forma fática as condutas sociais possíveis, de modo que os agentes se sintam obrigados a adaptar objetivamente seus comportamentos às normas apresentadas. Devem, ainda, buscar o desenvolvimento de uma força integradora tendo em vista que delas se espera a imposição de obrigações aos destinatários, o que somente se torna possível, de acordo com o pensamento habermasiano, na base de pretensões de validade normativas reconhecidas de modo intersubjetivo.³¹³

3.3. As dimensões de validade do Direito

Desde o advento da Modernidade, as regras do Direito privado, fundado a partir do direito à propriedade e na liberdade contratual, têm servido como paradigma para o Direito. De acordo com HABERMAS, KANT formulara sua teoria do Direito tendo em vista a compreensão de que os direitos subjetivos da pessoa natural são válidos perante os demais cidadãos. Com a positivação do Direito, os direitos privados subjetivos foram complementados pelos direitos de defesa oponíveis também perante o Estado.

HABERMAS parte do conceito de legalidade de que KANT se serve para esclarecer o modo complexo de validade do Direito, tomando por base os direitos

³¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.47.

³¹³ *Ibidem*, p. 47.

subjetivos. Nesse contexto, a explanação acerca das dimensões da complexa validade do Direito será analisada sob os seguintes enfoques: (i) legalidade e processo de normatização do Direito; e (ii) o Direito como *medium* da tensão entre facticidade e validade.

3.3.1. Legalidade e processo de normatização do Direito

De acordo com a interpretação habermasiana³¹⁴, o Direito em KANT apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade. Em qualquer sistema jurídico, pode-se observar a existência de uma tensão estrutural motivada pelo fato de que, simultaneamente, suas normas se impõem de modo coercitivo enquanto normas legais e se apresentam como válidas, na medida em que é pressuposta a legitimidade de referida legalidade.

Assim, em termos kantianos, o Direito incorpora, ao mesmo tempo, leis coercitivas e leis de liberdade. Da relação entre coação e liberdade, surge no Direito uma pretensão à validade do ordenamento jurídico, sendo o Direito, nesse sentido, entendido como a instituição que, sob o manto da coerção, garante a liberdade.

A referência ao conceito de legalidade permite a KANT superar o *paradoxo* existente entre as mencionadas leis de coerção e liberdade, expresso nos seguintes termos³¹⁵:

De um lado, é possível extorquir a legalidade do comportamento como a “simples conformidade de uma ação com a lei”; por isso os sujeitos devem poder obedecer à lei

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 48-49.

³¹⁵ *Ibidem*, p.49.

por razões apenas morais. Basta que os destinatários percebam que as condições de uso da força configuram apenas uma ocasião para um comportamento conforme a normas; pois razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção. De outro lado, porém, a integração social, ou sejam a “associação” do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, merecedoras do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – ‘segundo uma lei geral da liberdade’.

Esse duplo aspecto da validade do Direito, a saber, coerção e liberdade, expresso no conceito de legalidade formulado por KANT, será explicitado por HABERMAS na perspectiva da teoria da ação³¹⁶, a partir da constatação de que esses dois elementos da validade do Direito põem à disposição dos destinatários a escolha da perspectiva do ator.

A validade do Direito positivo, para HABERMAS, é determinada de modo tautológico, sendo direito somente aquilo que obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos e que mantém referida força apesar da possibilidade de sua derrogação pelo próprio direito. Essa validade possui um duplo aspecto, a saber: validade social ou fática (*Geltung*) e validade ou legitimidade (*Gültigkeit*)³¹⁷.

A *validade social* das normas é determinada pela “possível aceitação fática no círculo dos membros do Direito”³¹⁸. Assim, ao contrário da validade convencional de usos e costumes, as normas jurídicas se apóiam sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o Direito e aplicadas por um tribunal. De outra parte, a

³¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 49.

validade das normas jurídicas se mede pela racionalidade do processo legislativo ou ainda pela sua justificação em um patamar ético ou moral.

A *legitimidade* das normas de Direito, por seu turno, é medida pela “resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”³¹⁹. Nessa dimensão, o importante é o fato de elas terem surgido de um processo legislativo racional ou, ainda, que poderiam ter sido justificadas sob os pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.³²⁰ Assim, a legitimidade ou validade de uma norma independe de sua imposição fática, diferentemente da validade social cuja obediência fática varia em função da fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade das normas.³²¹

HABERMAS ressalta que, quanto mais fraca for a legitimidade, maior será a abertura para uma estabilização de uma ordem jurídica substituta, influenciada por fatores diversos, como intimidação, poder das circunstâncias, usos e costumes. Nesse contexto, em uma referência a DREIER, HABERMAS sustenta que a legitimidade de um sistema jurídico é geralmente maior do que das normas singulares, sendo condição necessária de sua validade jurídica tanto a eficácia perante a sociedade, como sua justificação ética³²²:

em primeiro lugar, ele [sistema de direitos] precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem de ser justificado eticamente; ao passo que validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça os critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa.

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

³²⁰ *Ibidem*, p. 50.

³²¹ *Ibidem*, p. 50.

³²² *Ibidem*, p. 51.

Em face dessa dupla dimensão de validade, o Direito permite aos membros de uma comunidade jurídica a escolha entre dois enfoques distintos de sua relação com as normas jurídicas: “enfoque objetivador” e “enfoque performativo”. De acordo com o primeiro, o ator que se orienta de modo estratégico enxerga a norma como um “empecilho fático na expectativa de imposição do mandamento jurídico”³²³ que possui consequências previsíveis em razão de sua violação. Nessa perspectiva, a norma jurídica encontra-se no nível da facticidade, tendo em vista que os fatos sociais limitam as opções do ator que se orienta ao sucesso. Já no enfoque performativo, característico do ator que se orienta ao entendimento, a norma é vista como uma “condicionante de sua vontade livre através de uma pretensão deontológica”.³²⁴ Nesse sentido, a norma se situa no nível das expectativas obrigatórias de comportamento que se submetem ao acordo racionalmente motivado entre os agentes.

Segundo o autor, a dupla perspectiva das normas jurídicas como coerção/liberdade pode ser percebida nos direitos subjetivos privados. Isso porque, nesses direitos, ao mesmo tempo em que se levanta uma pretensão de validade normativa, baseada num reconhecimento racionalmente motivado, pelo que se requer dos destinatários uma obediência do dever por razões não coercitivas, tolera-se um enfoque estratégico do agente em relação a certas normas. De tal assertiva, evidencia-se que “a ordem jurídica deve tornar possível a qualquer momento a obediência a suas regras por respeito a lei”³²⁵, e não somente por motivo de coerção.

³²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 51.

³²⁴ *Ibidem*, p. 51.

³²⁵ *Ibidem*, p. 52.

Ademais, leis legítimas devem garantir liberdades iguais aos cidadãos, de modo que a “liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”³²⁶. Essa necessidade de igualdade deve ser, segundo HABERMAS, preenchida pelo legislador político, razão pela qual, no sistema jurídico, o processo de legislação constitui o “lugar propriamente dito da integração social”³²⁷

Em razão dessa função de integração social, HABERMAS supõe que, no processo legislativo, as pessoas abandonam a figura de sujeito de direito solipsista para se constituírem membros de uma comunidade jurídico-política, livremente associados. Nessa comunidade, o consenso acerca dos princípios normativos de regulação da convivência pode ser alcançado tanto pela tradição como por um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.

Essa união entre coerção fática e validade da legitimidade presente nos direitos subjetivos demanda um processo legislativo que seja legítimo, na medida em que possibilite aos cidadãos participar como sujeitos de direito que agem de forma comunicativa. A legitimidade do processo legislativo, para HABERMAS, encontra-se na constitutividade dos direitos de participação política, bem como dos direitos de comunicação³²⁸, os quais, na opinião do autor, devem poder proporcionar aos sujeitos de direito uma orientação com vistas ao entendimento intersubjetivamente alcançado.

Assim, para HABERMAS³²⁹,

É por isso que o conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 52.

³²⁷ *Ibidem*, p. 52.

³²⁸ *Ibidem*, p. 53.

³²⁹ *Ibidem*, p. 53.

facticidade e validade na área do comportamento - absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.

Esses direitos de comunicação e participação política remetem à idéia de autonomia dos cidadãos. Com isso, há a suposição de que as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis de liberdade a partir de um processo legislativo que observe a pretensão de correção. Por sua vez, no entender de HABERMAS, é essa pretensão que legitima a racionalidade e a validade do ordenamento jurídico.³³⁰ Nesse processo de positivação do Direito, reproduz-se novamente a tensão entre facticidade e validade, o que, contudo, não se dá do mesmo modo que na dimensão da validade de normas legais. Isso porque a facticidade da legislação não se confunde com a aplicação do direito que impõe sanções, haja vista que a coerção jurídica naquela é “deduzida da legitimidade associada à resolução do legislador”.

Ademais, HABERMAS destaca que a positividade do Direito se relaciona com a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas no processo legislativo democrático, o que retorna à questão da legitimidade do Direito. Com efeito, o Direito positivado não é capaz de garantir sua legitimidade apenas pela legalidade. Isso porque, o Direito moderno, que não se ampara em razões religiosas ou metafísicas, só logra garantir sua força integradora se “a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder se considerar autora racional dessas normas”.³³¹

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 54.

³³¹ *Ibidem*, p. 54.

Desse modo, somente quando as normas jurídicas forem concebidas enquanto manifestação racional da vontade livre dos membros de uma comunidade jurídica, o Direito poderá desempenhar satisfatória e suficientemente a função de fonte primária da integração social.

3.3.2. Da redefinição do conceito de Direito: o Direito como medium da tensão entre facticidade e validade

Como visto, as idealizações embutidas na linguagem assumem um significado relevante para a teoria da ação quando as forças ilocucionárias de atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores na sociedade. Em consequência, o conceito de agir comunicativo assume relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais, pois as suposições contrafactuais dos atores que orientam sua ação por pretensões de validade mantêm-se no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa.³³² Para HABERMAS, isso significa que a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem, é conectada com a integração de indivíduos socializados comunicativamente.

Com o agir comunicativo e a coordenação da ação pelo mecanismo do entendimento mútuo, as convicções compartilhadas intersubjetivamente pelos atores no mundo da vida formam o meio de integração social³³³. Diante de convicções problematizadas pelas pretensões de validade levantadas em um discurso, os atores podem tomar duas posições, a saber: apoiá-las, lançando mão de argumentos, ou rejeitá-las. Dessa

³³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 35.

³³³ *Ibidem*, p. 56.

forma, os argumentos constituem a garantia de uma interação discursiva, através da qual são resgatadas pretensões de validade criticáveis.

De acordo com HABERMAS³³⁴, os argumentos devem sua força motivadora racional a uma relação interna com a dimensão do significado e da validade das expressões lingüísticas. Referida relação, que se traduz na tensão entre facticidade e validade característica da linguagem e do seu uso, é introduzida na sociedade, na medida em que a integração social que se apóia em convicções é influenciada pelo efeito desestabilizador de argumentos desvalorizadores.

Tal idéia é expressa pelo autor nos seguintes termos³³⁵:

A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que aceitação de pretensões de validade, que cria os fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.

A estabilidade dessa tensão, segundo HABERMAS³³⁶, ocorre nas realizações da integração social, as quais afastam constantemente o risco atual de uma desestabilização através do dissenso fundamentado. Trata-se, portanto, de uma estabilidade dinâmica, posto que é impossível estabilizar definitivamente expectativas de comportamentos sociais, que, por sua vez, dependem de suposições de validade frágeis e precárias.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 57.

³³⁵ *Ibidem*, p. 57.

³³⁶ *Ibidem*, p. 57.

O risco de dissenso e a conseqüente instabilidade que caracteriza a socialização comunicativa são enfrentados por duas estratégias específicas descritas por HABERMAS³³⁷ como: a circunscrição (*Eingrenzung*) e a não-circunscrição ou liberação (*Entschränkung*) do mecanismo comunicativo.

A circunscrição diz respeito ao fato de que o risco de dissenso que permeia o agir comunicativo é “circunscrito através das certezas intuitivas que se entendem inquestionavelmente por si mesmas, por não estarem atreladas a qualquer tipo de argumentos disponíveis comunicativamente e mobilizáveis intencionalmente”³³⁸. Tais certezas estabilizadoras do comportamento social, que se encontram no pano de fundo do mundo da vida, não entram em contato com a dimensão do agir comunicativo, onde é feita a distinção entre aceitabilidade e simples aceitação de razões, não sendo, portanto, tematizadas de forma discursiva.

A integração social, que se realiza através de normas, de valores e do entendimento, só passa a ser inteiramente uma tarefa do agir comunicativo quando normas e valores forem ‘diluídos’³³⁹ comunicativamente e expostos ao “jogo livre de argumentos mobilizadores do comportamento social”, levando-se em conta a diferença entre aceitabilidade e simples aceitação.

Nas sociedades modernas, surge uma situação paradoxal na qual o agir comunicativo não-circunscrito não está em condições de desempenhar satisfatoriamente a integração social nem tampouco de livrar-se dela, sendo-lhe possível somente a

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 58.

³³⁸ *Ibidem*, p. 58.

³³⁹ *Ibidem*, p. 58.

domesticação³⁴⁰ do risco de dissenso, o que se dá, todavia, por uma intensificação do risco com o prolongamento dos discursos. A saída para esse paradoxo, segundo o autor, pode ser encontrada no Direito moderno³⁴¹:

Ora, a positividade completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une, e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho.

Ao considerar o Direito moderno como um mecanismo de alívio para a integração social no seu papel de proporcionar o alcance de entendimento, sem se olvidar da necessidade da liberação do espaço de comunicação, HABERMAS ressalta dois aspectos característicos do Direito, a saber: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional.

A *positividade* do Direito possui duas feições específicas. A primeira é que o ordenamento jurídico cria um fragmento de realidade produzida artificialmente³⁴², que detém uma validade em tese, já que suas normas singulares podem ser modificadas e derogadas a qualquer tempo. Disso resulta uma temporalidade intrínseca ao ordenamento, que se traduz na noção de vigência das normas jurídicas. A segunda feição consiste em que, em razão desse caráter modificável³⁴³, a própria estrutura da norma pode ser, em princípio, alterada. Isso significa que, com o pressuposto da necessidade de um ordenamento jurídico

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 59.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 59.

³⁴² *Ibidem*, p. 60.

³⁴³ *Ibidem*, p. 61.

legítimo, as normas podem ser modificadas quando não corresponderem mais à vontade do povo, ou ainda, quando não se justificarem mais eticamente.

HABERMAS ressalta que a força do Direito advém justamente da aliança entre positividade e pretensão à legitimidade. Isso porque é suposição de legitimidade que garante ao ordenamento jurídico sua *aceitabilidade racional* para o desempenho de uma função integradora social. Essa relação entre positividade e legitimidade retoma a tensão entre facticidade e validade, na medida em que o Direito moderno reúne em si elementos sancionadores (coerção) e provenientes de um processo de autolegislação (liberdade). Assim, nessa ligação entre positividade e legitimidade, reflete-se:

o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra e a idéia de autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Segundo HABERMAS³⁴⁴, referida tensão ideal presente na dimensão da validade do Direito implica a organização do poder político e o emprego autoritativo do Direito. O Estado de Direito é essa organização que, sendo portadora do poder político, impõe o Direito na sociedade. Nele surge uma “espiral de auto-aplicação do Direito” que põe em funcionamento o postulado da autonomia política contra a arbitrariedade de um

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 61.

poder não domesticado pelo jurídico. Assim, essa configuração de Estado representa uma evolução na luta contra a subjugação do sistema jurídico por um poder ilegítimo³⁴⁵.

Com a abertura para o agir comunicativo na teoria habermasiana, o Direito incorpora em sua estrutura uma idéia de liberdade, passando a constituir uma instituição que almeja sua efetivação na sociedade. Por outro lado, nas sociedades modernas, o Direito também se liga aos meios do dinheiro e do poder administrativo, os quais igualmente constituem mecanismos de integração social formadores de sistema, que se orientam pelo agir estratégico e colonizam as ordens do mundo da vida.

Assim, tem-se que o Direito está ligado às três formas de integração social³⁴⁶, estando, contudo, a ênfase da teoria habermasiana na integração pelo Direito, que está sempre buscando afastar a colonização exercida pelo sistema. Por essa razão, o Direito está sempre submetido, nas sociedades modernas, de um lado à “pressão profana dos imperativos funcionais da reprodução social” e, de outro, a uma “coerção idealista de legitimá-los”³⁴⁷. Coloca-se, assim, uma vez mais a questão da fundamentação do Direito.

3.4. A redefinição da relação entre Moral e Direito na Teoria Discursiva

Conforme exposto nas *Tanners Lectures*, HABERMAS entendia a relação existente entre Direito e Moral como sendo de uma complementaridade, que se dá de forma moral em relação ao Direito. Essa concepção representa a equiparação da ordem jurídica a

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 61.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 61.

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 62-63.

uma esfera moral superior, o que significa que, em última instância, que o critério de validade do Direito é dado pela medida moral que perpassa ordenamento jurídico.

A partir da teoria da ação comunicativa, HABERMAS procedeu à substituição da razão prática pela razão comunicativa³⁴⁸, fato esse que é de importância central para a teoria discursiva do Direito em razão de dois motivos.

Primeiro, porque a normatividade da razão comunicativa se estabelece de forma mediata tendo em vista que esse tipo de racionalidade, diferentemente da razão prática, não se volta para a determinação de ações. Ademais, a razão comunicativa somente se torna prescritiva após ser estabelecida por um consenso obtido no discurso. Segundo, porque, ao se distanciar da normatividade inerente de um mandamento de conteúdo moral, a razão comunicativa se estabelece como um *princípio de discurso neutro* do ponto de vista de uma validade deontológica³⁴⁹. Referida neutralidade permitiu a HABERMAS estabelecer uma filosofia do Direito distinta da formulada por KANT, tendo em vista que, de acordo com essa concepção, a relação entre Moral e Direito passa a ser entendida como co-originária³⁵⁰, e não mais como uma relação de complementaridade delineada nas *Tanners Lectures*.³⁵¹

Assim, de acordo com a teoria discursiva habermasiana, a relação entre Direito e Moral é mais complexa do que aquela concebida na teoria da ação comunicativa. Isso porque, em sua *origem*, a relação é de simultaneidade, o que significa dizer que ambas as esferas originam-se concomitantemente, sendo, por isso, co-originárias. Já em seu *procedimento*, a relação é de complementaridade recíproca.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 9.

³⁴⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed., rev amp. Belo Horizonte, 2004, p. 142.

³⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 10.

Esse duplo aspecto da relação entre normas morais e jurídicas, ou seja, simultaneidade na origem e complementaridade procedimental, além de preservar a independência de cada uma dessas esferas, garante uma neutralidade normativa imediata para o Direito, mas também possibilita a abertura do mundo jurídico ao universo moral por intermédio do procedimento legislativo. Nas palavras de HABERMAS³⁵²,

o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a Política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica - , mesmo que os pontos de vista morais sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito.

A relação de co-originalidade representa um desligamento da eticidade tradicional, à medida que significa a secularização dos preceitos jurídicos. Tal desligamento ocorre, na Modernidade, no momento da transição para o nível pós-convencional e representa o abandono de certezas não passíveis de problematização, tais como as metafísicas, características das instituições arcaicas. A moral racionalizada passa a ser entendida como uma esfera cultural secular, sendo um saber dentre outros³⁵³. Com isso, a Moral fica desprovida de obrigatoriedade institucional, salvo quando se complementa com o Direito.

Como saber cultural, a Moral não determina de modo obrigatório a ação, pelo que há um desencontro entre o procedimento de universalização moral e a

³⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313, posfácio.

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 149.

institucionalização Assim, como a Moral não obriga a vontade, ela não gera obrigatoriedade em sentido jurídico. A esse respeito, HABERMAS³⁵⁴ afirma que:

Naturalmente a moral culturalmente oscilante também se refere a ações possíveis; no entanto, de si mesma, ela não mantém mais vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática e com as instituições que fazem com que as expectativas morais justificadas sejam realmente preenchidas. A moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos próprios atores motivados. Estes precisam estar dispostos a agir conscientemente.

HABERMAS esclarece o sentido da relação de complementaridade procedimental entre o Direito e a Moral pela referência às exigências com que a pessoa que age e julga moralmente se depara ao passar do momento da formulação de juízos para a ação, o que se dá por intermédio de um princípio argumentativo de universalização. São três as exigências, a saber: exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias.

A exigência cognitiva é aquela decorrente da passagem da norma para o fato. Sua exigência consiste na formação imparcial do juízo por meio de um procedimento universal argumentativo, o que permite à pessoa moral avaliar questões controvertidas. Essa exigência é “especializada em questões de justiça e aborda em princípio tudo à luz forte e restrita da universalizabilidade”.³⁵⁵ Como a formação imparcial do juízo não significa a passagem obrigatória da norma para o fato, os sujeitos morais encontram-se perante uma indeterminação cognitiva³⁵⁶ à medida que não lhes é facultado seguir normas obrigatórias para a ação.

³⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 149.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 150.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 151.

Essa indeterminação é absorvida pela facticidade da normatização do Direito, ou seja, no momento em que o Direito se constitui como fonte mediata de normatividade, pois “o legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes a disputa aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação”³⁵⁷.

Assim, as questões de justiça passam a ter sede institucional, pois o sistema jurídico tira das pessoas jurídicas o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo, e sua formação se dá por procedimentos que possuem pretensão de correção interna, na medida em que se vinculam com a emanção de vontade dos cidadãos. Esses procedimentos significam, no Direito, um alívio moral para o indivíduo³⁵⁸:

o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo prático moral.

A segunda exigência é motivacional, relacionada com a força de vontade dos indivíduos. Como as razões que geram os consensos são sempre sujeitas a situações de conflito, o indivíduo deve estar sempre preparado para buscar uma solução consensual e a agir segundo instituições morais mesmo contra seus próprios interesses. Tendo em vista que as interações sociais podem gerar tanto consenso como dissenso, há sempre a expectativa de que um comportamento tido por correto não obtenha adesão das pessoas, o

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 151.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 151.

que se expressa numa incerteza motivacional³⁵⁹. Essa incerteza é absorvida pela facticidade da imposição do Direito, ou seja, de modo coercitivo pelo monopólio estatal do uso da força que se fundamenta na legitimidade das normas jurídicas.

Dessa forma, a incerteza motivacional que sobrecarrega o sujeito moral é aliviada pela possibilidade de sanção que coíbe comportamentos tidos por desviantes³⁶⁰. Assim o Direito proporciona uma obrigatoriedade aos preceitos jurídicos, pois, segundo HABERMAS³⁶¹,

uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas por conseqüências.

Ocorre que a incerteza motivacional para a ação gera o problema da imputabilidade, tendo em vista que, no âmbito estritamente moral, somente podem ser exigidos preceitos válidos universalmente, mas não se tem a certeza de sua observância, tendo em vista que cada indivíduo deve poder apenas esperar, e não exigir, que todos sigam as normas válidas. Ao problema da imputabilidade moral sucede, então, a imputabilidade jurídica. A sanção contra comportamentos desviantes constitui uma garantia contra as ações que não observam a normatividade do Direito³⁶².

A terceira exigência é organizatória. A imputabilidade dos deveres morais necessita de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais que permitam efetivar

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 151.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 151.

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 151-152.

³⁶² *Ibidem*, p. 152.

a obrigação moral em questão. Logo, a efetivação da obrigação moral é carente de um sistema complexo de regras auto-aplicáveis. Tal necessidade é suprida pelo Direito, que é naturalmente reflexivo, na medida em que as normas jurídicas formam um ordenamento logicamente organizado cujas lacunas são supridas pelas próprias normas jurídicas.

Com isso, nas sociedades pós-metafísicas, o Direito é um instrumento de consolidação da integração social³⁶³

o direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. Em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo novo, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interações tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a criação de sistemas de ação organizados formalmente, tais como mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica.

Desse modo, HABERMAS esclarece sua concepção complexa acerca da relação entre Direito e Moral na sua teoria discursiva. A redefinição de sua concepção anteriormente manifestada na Teoria da Ação Comunicativa e aclarada nas *Tanner Lectures* surte efeitos diretos sobre o Direito, na medida em que sua fundamentação não se mostra mais possível de modo apenas formal com base na relação de complementaridade entre as esferas jurídica e moral, motivo pelo qual procede também à redefinição de sua concepção acerca da fundamentação do Direito.

³⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 151-152.

3.5. O fundamento do Direito no paradigma jurídico procedimental

Delineado o entendimento de HABERMAS acerca da separação originária e a complementaridade procedimental entre Direito e Moral, cumpre agora responder à seguinte pergunta: qual é o fundamento da legitimidade do Direito na teoria do discurso habermasiana já que o mesmo não é a Moral e nem um princípio moral?

A resposta essa indagação decorre, além da referência à questão do paradoxo da legitimidade que surge da legalidade, da interpretação de HABERMAS ao conceito de autonomia a partir do nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo.

Com efeito, segundo o autor alemão, “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o Direito moderno”³⁶⁴. HABERMAS defende a necessidade de uma compreensão do direito diferente daquela hegemônica existente no debate jurídico-político, mais adequada ao atual estágio de desenvolvimento cultural, social e político das sociedades modernas. O autor, em uma abordagem interdisciplinar, aplica sua teoria do agir comunicativo ao campo do direito.

Segundo HABERMAS, os direitos humanos e a soberania popular são idéias que representam um resquício de conteúdo normativo de um *ethos* que se apóia em tradições metafísicas, mas que é submetido ao crivo de fundamentações pós-metafísicas. Em sua análise, HABERMAS defende um *paradigma jurídico procedimental*, como uma terceira opção aos dois modelos presentes no debate político contemporâneo: Liberalismo³⁶⁵ e Comunitarismo. O primeiro concebe os direitos individuais como

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 133.

³⁶⁵ Liberais: John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman; Comunitaristas: Alasdair Macintyre, Bernard Williams e Charles Taylor

prioritários em relação à autonomia coletiva. O segundo, por seu turno, advoga a primazia da vontade coletiva em face dos direitos individuais³⁶⁶. Ao sustentar um terceiro modelo, HABERMAS critica os liberais pela sua negligência à necessidade de solidariedade social, bem como os comunitaristas, por se inspirarem em uma noção de comunidade limitada, a qual é excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais.

O paradigma jurídico procedimental apresenta duas notas distintivas, quais sejam: a) formalidade; e b) valorização do processo democrático e realização do sistema de direitos. Quanto à primeira característica, HABERMAS esclarece que a formalidade não significa ser vazio ou mesmo falta de conteúdo, devendo o referido paradigma ser entendido como formal³⁶⁷ no sentido de que apenas formula as condições formais necessárias ao entendimento mútuo entre os sujeitos de direito enquanto cidadãos, com vistas à identificação e à resolução de seus problemas sem, contudo, antecipar um determinado ideal de sociedade ou uma determinada visão de vida boa ou de opção política. No que concerne à segunda característica, o paradigma procedimental tem por referência a sociedade civil e a esfera política pública à luz das quais o processo democrático e o sistema de direitos adquirem importância inusitada³⁶⁸, tendo em vista que Direito e Democracia encontram-se estreitamente vinculados nesse paradigma procedimental, que se submete às condições de discussão contínua, cuja formulação é assim expressa pelo autor:

(.) na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser

³⁶⁶ Para maiores detalhes, confira-se: CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralidade, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

³⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.190.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 189.

entendida como um desafio para um exame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás, o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, essa idéia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.

HABERMAS busca resolver a tensão existente entre domínio impessoal das leis fundadas em direitos humanos naturais e a auto-organização espontânea da comunidade que se outorga leis de acordo com a vontade soberana do povo a partir da reinterpretação do conceito de autonomia, retomando de forma crítica as tradições do pensamento de KANT e ROUSSEAU³⁶⁹.

Segundo HABERMAS, nenhum desses autores conseguiu descobrir o nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos, que, segundo ele, reside no “conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política que é assegurado pela formação discursiva da opinião e da vontade”, e não através da forma de leis gerais³⁷⁰.

Desse modo, o Direito legítimo emana da formação discursiva da opinião e da vontade e, pela institucionalização de procedimentos que acoplem à sua gênese a abertura para a vontade democrática dos cidadãos, realiza-se na relação entre direitos humanos e soberania popular. Conforme esclarece HABERMAS³⁷¹:

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 135- 139.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 137.

³⁷¹ HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316, posfácio.

nexo interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular que buscamos aqui, reside, pois no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu ‘valor eqüitativo’) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra. (grifos nossos)

Segundo entende HABERMAS, a autonomia deve ser compreendida de modo geral e neutro, e não apenas como uma idéia de “autolegislação de cidadãos deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares”³⁷². Por isso, recorre ao princípio do discurso que expressa as exigências pós-convencionais de fundamentação tanto de normas jurídicas quanto morais. Isso porque o princípio do discurso, na concepção habermasiana, mostra-se neutro tanto em face da Moral quanto do Direito, pelo que não há que se falar em algo pré-concebido ou conteúdo determinado, razão pela qual se distingue do Direito natural racional.

CHAMON JUNIOR³⁷³, a esse respeito, afirma que o fato de haver um único princípio capaz de fundamentar tanto o Direito como a Moral “revela a ruptura frente às *Tanner Lectures*, em que o princípio fundamentador do Direito seria moral”.

O *princípio discursivo (D)* é explicitado por HABERMAS nos seguintes termos: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”³⁷⁴

³⁷² HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.158.

³⁷³ CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 247.

Na medida em que referido princípio se apresenta como um princípio geral frente às normas e ações morais e jurídicas, ele é especificado tanto no âmbito moral quanto no jurídico. Na esfera moral, o princípio do discurso enuncia que as normas morais somente podem ser justificadas na medida em que se considera seu caráter universal, levando em conta o interesse de todos de modo igual. Assim, a operacionalização do princípio do discurso no âmbito moral ocorre pelo *princípio da universalização* expresso por HABERMAS nos seguintes termos:

(U): “Toda norma válida tem que cumprir a condição de que as conseqüências e efeitos secundários que resultem previsivelmente de seu seguimento universal para a satisfação dos interesses de cada indivíduo particular possam ser aceitas sem coação alguma por todos os afetados³⁷⁵”.

Já na esfera jurídica, o princípio do discurso se manifesta no princípio democrático, assim enunciado³⁷⁶:

(D). Somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva

Enquanto as normas morais só podem ser apreciadas e justificadas em argumentos morais, as questões alcançadas pelo princípio democrático, nelas inseridas as

³⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

³⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.36.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

normas jurídicas, podem ser justificadas por argumentos morais, éticos e pragmáticos, sendo todos eles determinantes. Conforme esclarece HABERMAS³⁷⁷,

a idéia básica é a seguinte, o princípio da democracia resulta de interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como a *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito e a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário*. (itálicos originais)

O respeito ao princípio democrático conduz ao reconhecimento e à atribuição mútua de direito que, entendidos conjuntamente, formam um *sistema de direitos* indispensáveis para que se proceda a uma auto-regulamentação legítima. A condição para que o princípio do discurso se converta em princípio da democracia é justamente a institucionalização jurídica. Por sua vez, são duas as condições de possibilidade da referida institucionalização de procedimentos jurídicos: igual liberdade comunicativa e igualdade na composição das liberdades subjetivas.

Partindo da consideração dessas condições, HABERMAS constrói um sistema de direitos levando em conta, inicialmente, a compreensão de que as normas jurídicas destinam-se aos indivíduos e se refere a direitos que garantem tanto o exercício da autonomia privada quanto da autonomia pública. Conseqüentemente, há um escalonamento

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158.

horizontal que garante uma validade objetiva aos direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, gera obrigatoriedade recíproca. Em um segundo passo, permeado pela compreensão de que as normas jurídicas emanam da opinião e da vontade dos indivíduos, o autor implica que os sujeitos de direito assumem o papel de autores do ordenamento jurídico.

Com essas considerações e levando em conta o princípio universal kantiano do Direito ao maior grau possível de igual liberdade individual, HABERMAS constrói um sistema de cinco direitos básicos que contemplam grande parte dos direitos humanos tradicionalmente reconhecidos na esfera internacional, os quais devem ser garantidos pelos cidadãos por meio do direito positivo. São eles³⁷⁸, no primeiro passo:

- 1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

- 2) Direitos fundamentais que resultem da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito;
- 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual

No segundo passo:

- 4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

³⁷⁸HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 159-160.

E, finalmente:

5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).

Importa ressaltar que, apesar de HABERMAS construir seu sistema de direitos através de uma interpretação do criticismo kantiano, não há a adoção completa desta posição teórica por ele. Isso porque o autor reafirma a importância da soberania popular e do aspecto intersubjetivo constituidor do domínio da vida política. A tensão entre direitos humanos e soberania popular é resolvida em uma relação interna entre estas duas idéias, reconhecendo no direito não só o papel de garantidor da ordem, como também o de um meio fundamental de integração social.

Nesse sentido, a legitimidade do Direito decorre da composição entre soberania do povo e direitos humanos alcançada por meio de procedimentos, sendo certo que a legitimidade decorre da legalidade que, ao mesmo tempo, é criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica.

Tendo em vista que o discurso constitui o lugar onde é possível a formação de uma vontade racional, “a legitimidade do Direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo”³⁷⁹ em que os parceiros do Direito devem poder examinar se uma norma controvertida tem ou poderia ter o assentimento de todos os possíveis atingidos, sendo os indivíduos reconhecidos como autores e destinatários das normas jurídicas.

³⁷⁹ HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.138.

Além desse aspecto interno da legitimidade das normas jurídicas, relativo ao referido assentimento racional dos possíveis atingidos, a legitimidade do Direito pressupõe ainda um poder político necessário para sua imposição que se organize como poder legítimo, qual seja: como Estado de Direito. Nesse contexto, o fundamento de validez dos sistemas jurídicos corresponde também, em seu aspecto externo, à preexistência de um sistema de Direito que conforma e delimita as normas jurídicas, sendo que são os próprios cidadãos, no exercício de sua autonomia pública pela autolegislação e pela autodeterminação, quem, na condição de legisladores constituintes, concretizam o sistema de direitos em uma determinada conjuntura histórica.

4 – REFLEXÕES SOBRE A CONCEPÇÃO DE DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS A PARTIR DE DUAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE KARL OTTO-APEL

Conforme destacado inicialmente no Capítulo 1, a Ética do Discurso constitui conceito fundamental na discussão acerca da concepção discursiva de direito em HABERMAS, tendo em vista que, segundo o autor, o Direito é, em essência, um procedimento complementar à Moral e que revela, em sua pretensão de legitimidade, a estrutura da razão prática, a partir da noção de imparcialidade em um contexto dialógico - caracterizado pela igualdade de condições e pelo consenso.

Observe-se que HABERMAS e APEL possuem diferentes concepções acerca da Ética do Discurso, fato este que se reflete, conseqüentemente, na conceituação que cada autor faz do Direito.

Nesse contexto, este capítulo tem por objetivo estabelecer um diálogo entre HABERMAS e APEL, tendo por pano de fundo o princípio do discurso, com vistas à reflexão acerca do conceito de Direito em HABERMAS a partir de algumas pontuais – mas relevantes – considerações críticas de APEL.

4.1. Um pressuposto necessário para o diálogo crítico acerca da concepção discursiva do Direito: o conceito da ética discursiva.

A ética discursiva guarda estreita relação com os demais objetos das outras vertentes da filosofia prática, assim como a moral, a política e o direito, e caracteriza-se,

primordialmente, pela preocupação em mediar o princípio moral com a ação humana e, nesse sentido, dirigir indiretamente a ação.

Conforme destaca ADELA CORTINA, a ética do discurso surge dos imperativos dos tempos atuais e constitui construção filosófica própria da sexta etapa do desenvolvimento da consciência moral apresentado por KOHLBERG, na medida em que se baseia em princípios éticos universais e adota uma perspectiva procedimental. A partir dessa postura ética, seria possível reconstruir um conceito de razão prática que permite confrontar solidária e universalmente as conseqüências globais do atual desenvolvimento técnico e científico, bem como assegurar o respeito à diversidade próprio da experiência democrática. Nas palavras da autora espanhola³⁸⁰:

Somente uma ética racional de princípios, uma ética de mínimos universais, dá conta também de um mínimo de intersubjetividade e unidade e requer uma sociedade complexa para responder cooperativamente aos desafios que se apresentam, dentre os quais não é de menor importância a falta de respeito pela diversidade.

As concepções de HABERMAS e APEL partem, inicialmente, de um consenso de fundo, pois ambos entendem o discurso como meio intransponível de toda fundamentação, nisso incluídas a fundamentação da Ética e do Direito. Ambos os autores defendem, nesse contexto, a postura universalista da ética moderna que, na teoria discursiva, vincula-se às pretensões de validade implícitas na linguagem humana, ao momento de incondicionalidade e à idealidade da pressuposição contrafática e, ainda, à

³⁸⁰ CORTINA, Adela. “La ética discursiva”. In CAMPS, Victoria. *Historia de la ética: la ética contemporánea*. Vol.3. Barcelona: Ed. Crítica/Filosofia, 2000, p. 308.

antecipação do possível consenso sobre a validade dessas pretensões para todos os envolvidos na comunicação³⁸¹.

Dessa postura, resulta a idéia de uma moral inconciliável com qualquer visão dogmática de mundo, haja vista ser a mesma radicada na possibilidade do resgate discursivo das pretensões de validade implícitas no meio lingüístico. Assim, é comum a HABERMAS e APEL a tese de que a compreensão humana é contextual, histórica e contingente, tendo em vista o fato de que os sujeitos de argumentação pertencem a uma comunidade real de comunicação, a qual é socialmente condicionada e limitada - o que APEL denomina o *a priori*³⁸² da facticidade, da historicidade e da contingência.

A diferença fundamental entre HABERMAS e APEL, por sua vez, refere-se à fundamentação da dimensão normativa da linguagem a partir do ponto em que se explicitam os diferentes discursos normativos, quais sejam: discurso moral, discurso do direito e discurso da democracia. Em apertada síntese, referida distinção está na rejeição, por HABERMAS, de uma fundamentação última - válida, portanto, *a priori* - das pretensões de validade dos pressupostos necessários do discurso argumentativo, conforme defendida por APEL.

Daí, enquanto APEL volta-se a uma “pragmática transcendental” da linguagem, HABERMAS defende uma “pragmática universal” em que, a partir da reviravolta pragmática, “coloca-se no lugar da subjetividade transcendental da consciência a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo vivido”³⁸³.

³⁸¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy: 2004, pp.145-176. (p. 146)

³⁸² *Ibidem*, pp. 148-149.

³⁸³ *Ibidem*, p. 154.

Nesse contexto, HABERMAS e APEL divergem quanto à concepção da ética do discurso, sendo que APEL defende a necessidade de uma ética bipartida: a parte A tem por objeto fundamentar racionalmente o princípio ético e revela o *telos* da linguagem, enquanto que a parte B se ocupa da responsabilidade ao exigir-se seu cumprimento e demanda a mediação da razão moral com a ação estratégica a partir de uma teleologia moral, que deve ser realizada solidariamente na história. Pode-se dizer que tal entendimento, de certa forma, repercutirá também no conceito de Direito, considerado a partir de uma perspectiva discursiva.

Neste capítulo, pretende-se tecer algumas considerações críticas acerca do conceito discursivo do Direito para HABERMAS, a partir do estabelecimento de um possível diálogo crítico com APEL. Para a finalidade do presente trabalho, e levando-se em conta a inevitável necessidade de se delimitar a temática ora comentada, serão abordadas especificamente apenas duas observações críticas apresentadas por APEL em relação à teoria habermasiana, a saber: a) a questão da neutralidade do princípio moral; e b) o problema da identidade entre os princípios jurídico e democrático.

4.2. A concepção de Habermas: o conceito de Direito e suas relações com a Moral e a Democracia.

A fim de delimitar o debate proposto, há que se referir, inicialmente, à teoria discursiva do direito de HABERMAS, a qual passa, necessariamente, pela relação existente entre Direito, Moral e Democracia no contexto da ética do discurso.

Conforme já exposto ao longo desta dissertação, para HABERMAS, é fundamental lembrar que, nas sociedades tradicionais, a Moral e a Ética formam a base do consenso integrador da sociedade, pelo que as questões éticas e morais vinculam-se a determinadas “concepções de vida boa”, havendo, para o autor, uma certa prevalência do bem em relação ao justo, conforme uma moral teleológica.

Já nas sociedades complexas, pode-se afirmar que há um vazio de uma normatividade substancial ética que ofereça um modelo de ação, pois não existe um consenso substantivo de valores³⁸⁴ a reger a conduta social. Ao contrário, há uma multiplicidade de possíveis condutas dos sujeitos na sociedade, havendo uma certa carência de normatividade. Coube justamente ao Direito a função de preencher esse vazio, conservando, contudo, um momento de indisponibilidade, assegurado, em um primeiro momento, na figura do Direito Natural Racional.

Segundo HABERMAS, o Direito Natural Racional assume as características de uma moral pós-convencional e passa a ser regido por uma racionalidade procedimental. Ocorre que, com o aumento da complexidade das sociedades modernas, que se tornaram cada vez mais plurais e multifacetadas, o Direito Natural Racional deixou de fornecer as bases normativas necessárias para a compreensão das relações sociais. Paralelamente a esse fenômeno de incremento da complexidade e da contingência das sociedades modernas, surge a idéia de Estado de Direito, em que a lei funciona como uma instância política soberana sem conteúdo moral.

Com isso, de acordo com a reconstrução histórica empreendida por HABERMAS, já não se torna mais possível creditar o aspecto da moralidade do Direito a

³⁸⁴ Cf. ARAÚJO, L. B. L. “Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas” In OLIVEIRA, Manfredo Araújo de.; AGUIAR, Odílio Alves; ANDRADE e SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto. (org) Filosofia política contemporânea. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 214-235.

uma instância normativa substantiva. HABERMAS, ao incorporar a idéia de Estado de Direito, pretende demonstrar que é mais adequado se referir a um outro tipo de instância normativa, em que a racionalidade procedimental assegura ao Direito positivo um momento de indisponibilidade para o sujeito. Para HABERMAS, é justamente esse critério de certa indisponibilidade o que diferencia o Direito da Política e da Moral, a despeito de ser inegável a complementaridade entre tais institutos de controle da vida social.

Posteriormente, com o crescente fenômeno da democratização, HABERMAS supõe que nenhuma visão única e totalizadora da realidade seja imposta de modo dogmático, partindo-se, então, do pressuposto do consenso e da convivência entre as diversas visões de mundo na sociedade, o que se reflete também no âmbito da normatividade do Direito.

Assim, da leitura da teoria discursiva de HABERMAS, sustenta-se que, para o referido autor, Direito, Moral e Democracia são concebidos como intimamente vinculados, sendo todos fundamentados, em última análise na razão. Entende-se, ademais, que a racionalidade e o consenso são apontados justamente como os pontos de apoio da convivência social, na medida em que, em uma sociedade pluralista, a configuração da vida individual e coletiva deve ser fundamentada de modo racional, a fim de possibilitar a própria coexistência entre as mais diversas pessoas.

O problema da convivência dos diferentes e da capacidade dos mecanismos de controle social há muito tem sido objeto de reflexão por parte dos mais diversos autores. MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA³⁸⁵, ao empreender sua reflexão sob o prisma da

³⁸⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176.

ética discursiva e da filosofia prática, aponta as seguintes perguntas essenciais: como fundamentar princípios normativos que configurem a vida comum em sociedades plurais e complexas de tal forma que sejam respeitadas as diferentes concepções de mundo nela existentes? Como refletir, em um mundo globalizado, sobre o Estado de Direito nacional que pressupõe uma forma de identidade capaz de legitimar a solidariedade entre os cidadãos num mundo multicultural? E como legitimar direitos humanos e implementá-los no âmbito mundial?³⁸⁶

Retoma-se, assim, o problema típico³⁸⁷ das sociedades modernas, apresentado por HABERMAS nos seguintes termos: “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual as ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?”

HABERMAS aponta o Direito como resposta a essa indagação. Nesse contexto, na segunda fase de sua teoria discursiva, entende que a sociedade tem de ser integrada, em última instância, pelo agir comunicativo³⁸⁸, sendo o Direito o mediador da tensão entre facticidade e validade, a qual permeia a linguagem e a sociedade. Para o autor, no contexto de uma ética discursiva, os conflitos sociais devem ser resolvidos mediante argumentos consensuais no discurso, os quais se reproduzem no Direito.

JÜRGEN HABERMAS defende que, em sociedades pós-metafísicas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências não metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de

³⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176, p. 147.

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 45.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 45.

justificação. A fim de alcançar tal forma de justificação, o autor alemão recorre ao *princípio do discurso*, o qual acreditar expressar as mencionadas exigências pós-convencionais de fundamentação tanto de normas jurídicas quanto morais.

Referido princípio, para HABERMAS, apresenta-se como um fundamento geral para as normas e ações sociais, pelo que se especifica tanto no âmbito moral quanto no jurídico, sendo neutro em face da Moral e do Direito, na medida em que se distingue de uma instância normativa substantiva, centrada em especificidades e valores particulares de cada sujeito.

No âmbito moral, o princípio do discurso se especifica no *princípio da universalização*, segundo o qual são válidas somente as normas que podem ser aceitas sem coação por todos os afetados, de modo universal. Assim, de acordo com a teoria discursiva habermasiana, a relação entre Direito e Moral é complexa, sendo caracterizada, em sua origem, por uma relação co-originalidade e, em seu procedimento, por uma relação de complementaridade recíproca. Esse duplo aspecto da relação entre normas morais e jurídicas (simultaneidade na origem e complementaridade procedimental), além de preservar a independência de cada uma dessas esferas, garante uma apontada “neutralidade normativa” imediata para o Direito, decorrente, para o autor, do próprio caráter de *neutralidade do princípio do discurso*.

Já na esfera jurídica, o princípio do discurso se manifesta no *princípio democrático*, assim enunciado por HABERMAS³⁸⁹:

“Somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o **assentimento de todos os parceiros**”

³⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (grifos nossos)

Da leitura do enunciado acima transcrito, resta evidente que HABERMAS entende que a validade e a legitimidade do Direito pressupõem a existência de consenso entre todos os sujeitos alcançados pelas normas jurídicas. Para o autor, tal consenso se manifesta e se materializa no processo de elaboração de normas no contexto democrático, a saber: no processo legislativo.

Observe-se que o processo legislativo deve refletir a interação do público e do privado, ou seja: da esfera política pública e da sociedade civil. Na sociedade civil, a percepção e as opiniões sociais projetam-se sobre a esfera pública e nela se condensam como opiniões que influenciam a formação da vontade política mediante procedimentos democráticos. Nesse contexto, HABERMAS entende o Estado de Direito como um processo de interpretação e realização do sistema de direitos de forma dinâmica, sempre sujeito à revisão³⁹⁰.

Assim, para o autor, o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do Direito³⁹¹, o qual, por sua vez, o Direito é definido como o intermediador da tensão entre faticidade e validade, sendo pautado pela racionalidade discursiva, na qual se assegure a todos os sujeitos da comunidade de comunicação posição de simetria e de igualdade de condições na formulação de normas que regulamentem a convivência social.

Dessa forma, de acordo com a teoria habermasiana, será possível garantir, pelo Direito – especificamente pela submissão dos sujeitos à vontade social que se expressa na lei formulada a partir do consenso - a convivência dos diferentes em sociedade, bem

³⁹⁰ GARCIA AMADO, Juan Antônio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, p. 68.

³⁹¹ HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.191.

como se evitar que os demais sistemas funcionais, particularmente a economia e o poder administrativo, apropriem-se dos mecanismos de direção política da comunidade, impondo prioritariamente um padrão de ação estratégica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio do discurso jurídico guarda uma certa identidade com o princípio da democracia, fato esse que atesta a tese da vinculação intrínseca entre Direito e Democracia na obra de HABERMAS.

Em face do exposto, evidencia-se que a concepção discursiva de Direito de HABERMAS é marcada por duas afirmativas centrais expressas na sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”: a) o Direito desempenha a função de resolução dos conflitos sociais mediante argumentos consensuais no discurso, sendo informado por um princípio discursivo moralmente neutro; b) o Direito vincula-se intimamente com a Democracia, tendo em vista a ligação entre o procedimento democrático e a realização do sistema de direitos, sendo certo que o princípio do discurso especifica-se no âmbito jurídico como o princípio democrático.

Essas duas afirmações são objeto de crítica de APEL, para quem essa postura de HABERMAS, por ele identificada como arquitetônica habermasiana de diferenciação do discurso, consistiria na própria dissolução da ética do discurso.

4.3. Duas considerações críticas formuladas por Karl Otto-Apel acerca concepção discursiva de Direito de Jürgen Habermas

Para a finalidade de se estabelecer o diálogo crítico proposto no presente trabalho, serão abordadas duas considerações críticas pontuais apresentadas por APEL em

relação à teoria habermasiana: a) a crítica à tese da neutralidade do discurso; e b) a crítica à problemática da identificação entre os princípios jurídico e democrático.

4.3.1. A crítica à tese da neutralidade do princípio do discurso

A primeira crítica apresentada por APEL à arquitetura da diferenciação do discurso de HABERMAS em *Faktizität und Geltung* diz respeito à declaração do princípio fundamental do discurso como moralmente neutro, sendo o tema da filosofia moral expresso no princípio da justiça universalmente válida, separado de um modo problemático do princípio do discurso³⁹².

Segundo APEL, a afirmação da neutralidade do referido princípio empreendida por HABERMAS significa, em outras palavras, que o princípio do discurso, apesar de seu conteúdo normativo, é anterior à Moral e ao Direito, pelo que se refere apenas a normas de ação e exprime somente o ponto de vista de que essas normas podem ser fundamentadas de modo imparcial³⁹³, sem referência a normas de conteúdo moral.

APEL aduz que, ao utilizar-se do princípio do discurso normativo como fundamento da diferenciação entre os diversos discursos práticos, HABERMAS busca apresentar uma alternativa ao Jusnaturalismo (com sua redução da validade do Direito à validade moral) e ao Positivismo Jurídico (com sua total independência do Direito frente à Moral), mantida, contudo, a exigência de fundamentação normativa do Direito. Por esse

³⁹² APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em *Faktizität und Geltung* de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 204).

³⁹³ *Ibidem*, p. 209.

prisma, apesar de HABERMAS não identificar Direito com Moral, referido autor sustenta que o Direito deve com ela se harmonizar, com vistas a obter legitimidade.

Tal postura, segundo APEL, significa, em outras palavras, a “dissolução da ética do discurso” e do seu ponto de vista moral enquanto fundamentação³⁹⁴, na medida em que entende que, nestes termos, a mencionada ética já não se impõe como base da filosofia prática, a qual, por sua vez, passa a ser identificada com uma filosofia do discurso moralmente neutra³⁹⁵. Para APEL, a tese conciliatória de HABERMAS é contraditória, pois, apesar de defender a exigência de compatibilidade normativa entre Direito e Moral, HABERMAS, em verdade, renova o “antigo e justificado requisito de dependência normativa do Direito” em relação à Moral³⁹⁶. Nas palavras de APEL³⁹⁷.

“(.) é que a exigência de compatibilidade não poderá significar que a moral, por sua vez, possa ter, no direito, uma *normativa conditio sine qua non*, da mesma maneira que se pretende que o direito continue, como sempre, a pressupô-la na moral. Não obstante, parece, nesse ponto, continuar existindo, segundo Habermas, uma dependência unilateral normativa do *direito* em relação à “co-originária” moral. Isto parece resultar em uma contradição na arquitetura da diferenciação”

A despeito dessa crítica, APEL reconhece, assim como HABERMAS, a necessidade efetiva de uma diferenciação normativa entre os princípios do discurso, da moral e do direito. Entretanto, diferentemente desse autor, APEL defende uma diferenciação por ele identificada como “arquitetônica da ética do discurso”, segundo a

³⁹⁴ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 204).

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 205.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 206.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 206.

qual: a) o princípio do discurso pode ser, no máximo, “distinto” do princípio moral no que concerne ao seu conteúdo normativo; b) o princípio moral, enquanto fundamentador de uma Moral ideal discursiva, só poderia vigorar simultaneamente com o princípio jurídico; c) o princípio jurídico, ao assegurar uma igual liberdade externa de todos os cidadãos por meio do monopólio da força pelo Estado de Direito³⁹⁸, torna exigível a observância do princípio da universalização (U) formulado por HABERMAS, identificado como princípio moral fundamental³⁹⁹:

Nesses termos, APEL defende um princípio do discurso entendido no seu “conteúdo normativo-moral”, destacando que a validade do princípio da universalização não decorre da simples pressuposição de observância geral das normas, mas sim da suposição de seu cumprimento livre por todos, em um contexto de responsabilidade recíproca⁴⁰⁰. Ocorre, porém, que, na realidade, tal fato raramente se verifica, ainda mais onde não há monopólio de poder pelo Estado de Direito para a resolução das disputas sociais em questões de justiça. Nas palavras de APEL⁴⁰¹:

“Aqui fica realmente evidente que há a necessidade de uma diferenciação normativa entre o “princípio moral” – no sentido de “U” – e o “princípio jurídico”. Entretanto, penso

³⁹⁸ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (pp. 206-207).

³⁹⁹ (U): “Toda norma válida tem que cumprir a condição de que as consequências e efeitos secundários que resultem previsivelmente de seu seguimento universal para a satisfação dos interesses de cada indivíduo particular **possam ser aceitas sem coação alguma por todos os afetados**”,³⁹⁹. In HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.36. (grifos nossos)

⁴⁰⁰ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 211).

⁴⁰¹ *Ibidem*, pp. 207-208.

que essa diferenciação normativa não recebe a sua fundamentação normativa de um princípio do discurso moralmente neutro, mas do conteúdo *normativo-moralmente* ampliado de um princípio do discurso que tem, por conteúdo, além do princípio ideal “U”, de orientação contrafactual, também a responsabilidade pela constituição das condições de aplicação da moral discursiva no sentido de “U” e pela responsável compensação da não-aplicabilidade de “U” na realidade”.

A tese apresentada por APEL como resposta à formulação habermasiana da neutralidade do princípio do discurso consiste, em primeiro lugar, em demonstrar que o fundamento normativo do referido princípio não pode decorrer de “relações fáticas de reconhecimento das formas de vida comunicativamente estruturadas”, mas sim por meio de uma reflexão sobre os pressupostos moralmente relevantes do discurso filosófico⁴⁰².

Em segundo lugar, APEL defende que esse princípio não pode ser entendido como moralmente neutro, haja vista o fato de que ele mesmo pressupõe o reconhecimento da igualdade de direitos e da co-responsabilidade de todos os possíveis envolvidos no discurso na resolução de problemas pela via discursiva. Em outras palavras, o princípio moral fundamental da igualdade encontra-se sempre pressuposto em qualquer procedimento do discurso argumentativo. Negar tal fato, para todos os efeitos, denota incongruência, pois⁴⁰³:

“Se os participantes de um discurso ideal da norma básica procedimental tivessem o compromisso com a avaliação

⁴⁰² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176 (p. 158).

⁴⁰³ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 209).

imparcial de todas as questões de fundamentação de normas, porque esse princípio – como Habermas também explica ainda em *Direito e democracia* – “baseia-se nas relações simétricas de reconhecimento de formas de vida comunicativamente estruturadas” (*Faktizität und Geltung*, p. 140), será que elas neste caso, não teriam, por si sós, o compromisso de reconhecer os direitos iguais de todos os participantes do discurso em conflito de interesses morais?”

Em que pesem as divergências ora expostas, APEL vislumbra uma afinidade entre sua perspectiva transcendental-pragmática e a tese de HABERMAS, bem como a possibilidade de convergência de seus pensamentos. Tal possibilidade reside, segundo APEL, na hipótese de reforço e ampliação das implicações ético-discursivas do princípio do discurso na teoria de HABERMAS, no sentido da explicação do ponto de vista moral⁴⁰⁴.

Consoante assevera APEL, referida hipótese torna mais plausível a intenção de HABERMAS de fundamentar a independência do Direito e sua diferenciação moral no sentido do princípio da universalização (U), o que só é possível em face da pressuposição do Direito. APEL esclarece sua concepção sob o ponto de vista moral nos seguintes termos⁴⁰⁵:

“(.) o “ponto de vista moral”, tal como entendo, não apenas tem, por conteúdo, um critério de justiça historicamente abstrativo – e, nessa medida, puramente deontológico-, mas também – e, com isso, co-originário – um critério de responsabilidade referida à história e, assim, teleológica, para o estabelecimento das condições de aplicação institucionais do critério de justiça puramente deontológico.”

⁴⁰⁴ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em *Faktizität und Geltung* de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 209).

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 214.

A partir dessa premissa de valorização do princípio moral como base de uma ética do discurso vinculada com um princípio ético de responsabilidade referida à história, APEL sugere uma revisão crítica da arquitetura habermasiana e afirma que o princípio do discurso, ao invés de ser neutro conforme defende HABERMAS, contém em si o princípio moral primordial. Este, por sua vez, contém, além do princípio da universalização (U), um princípio de responsabilidade, o qual se concretiza nos princípios da “ação responsável” e de “instituições legítimas”.

Tal complementação mostra-se necessária, no entendimento de APEL, em face da constatação de que uma moral pós-convencional precisa ter suas deficiências compensadas pelo Direito politicamente estabelecido, o que, conforme HABERMAS afirma, leva a uma desoneração dos sujeitos dos imperativos de fundamentação da moral racional no agir moral. Nesse ponto, os pensamentos de HABERMAS e APEL são convergentes.

Entretanto, APEL justifica tal constatação de modo distinto de HABERMAS, ao afirmar que a eficiência de ação integradora do Direito, bem como sua função de desobrigar as pessoas em relação à fundamentação racional das normas, são justificadas, essencialmente, em razão do monopólio da violência pelo Estado de Direito⁴⁰⁶, e não somente por motivos pragmáticos.

Nesse contexto, APEL ressalva a necessidade de uma justificação moral para a imposição do Direito por meios coercitivos, bem como sustenta a importância de

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176 (p. 162).

uma justificação normativa para o uso jurídico da coerção vinculada ao direito positivo na solução dos conflitos sociais.

Por esse prisma, diferentemente de HABERMAS, APEL entende que as normas jurídicas são observadas de modo válido não somente com base na capacidade de formação de um consenso discursivo, mas também pela imposição mediada pelo monopólio estatal da coerção, o qual é autorizado pela sociedade no pacto social que caracteriza o Estado de Direito.

Além disso, a partir da consideração de complementaridade entre os princípios da moral e do discurso, APEL faz referência a “três funções⁴⁰⁷ fundamentais” do Direito derivadas justamente da sua relação com os princípios da moral ideal do discurso, do poder político, e da Economia. São elas: 1) a partir da relação com a Moral ideal do discurso, há a exigência de fundamentar o Direito em consonância com o princípio da “capacidade de consenso” das normas que devem ser seguidas por todos, ou seja, sob a consideração do postulado moral dos direitos humanos universalmente válidos; 2) Da relação com o Poder Político, na sua expressão de monopólio estatal da violência, resulta a exigência de limitar as obrigações jurídicas dos cidadãos às do “arbitrio em relação ao comportamento externo”, “desonerando-os da auto-ajuda forçada no que se refere à responsabilidade recíproca”; 3) da relação com o princípio da Economia, surge a exigência de que o Direito garanta a autonomia, bem como a liberdade de todos os participantes do mercado, na forma de uma ordem jurídica que “circunscreve” a economia de mercado.

⁴⁰⁷ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (pp. 296-297).

Dessas relações acima referidas, APEL deduz o fato de que a fundamentação normativa da exigência de uma complementaridade do princípio moral ideal do discurso pela instituição do Direito corresponde à exigência de uma ética da responsabilidade referida à história no sentido da parte B⁴⁰⁸ da ética do discurso apeliiana.

Assim, na esteira do pensamento de APEL, a Moral e o Direito têm um fundamento comum e moralmente normativo, sendo o princípio do direito complementar ao da moral, tendo em vista que o princípio do discurso necessariamente contém em si o princípio moral primordial. Tal assertiva constitui o cerne da contra-argumentação de APEL à arquitetônica habermasiana da neutralidade do princípio do discurso.

4.3.2. A problemática da tese da identidade entre princípio jurídico e princípio democrático

A segunda crítica formulada por KARL OTTO-APEL diz respeito ao problema da identidade entre os princípios jurídico e democrático na teoria habermasiana.

Em *Faktizität und Geltung*, HABERMAS sustenta a tese da igualdade entre os princípios do direito e da democracia vinculada à tradição de pensamento que remonta a KANT e a ROUSSEAU, com fundamento no pressuposto da autonomia individual e

⁴⁰⁸ Sobre a diferença realizada por Apel entre as partes A e B de fundamentação da ética do discurso confira-se: APEL, Karl-Otto. “A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso?” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 105-144.

política dos cidadãos, o qual remete à idéia de soberania popular⁴⁰⁹, que é constitutivo para o discurso da democracia deliberativa.

Segundo APEL⁴¹⁰, ao assim proceder, HABERMAS identifica imediatamente a fundamentação normativa do Direito com a do Estado Democrático de Direito, por meio dos cidadãos que, nessa condição, fundam o Estado de Direito. A intenção habermasiana, de acordo com APEL, é solucionar a questão da fundamentação normativa da validade do Direito a partir do “ponto de vista pragmático dos discursos intersubjetivos dos afetados”⁴¹¹, e não de “modo abstrativo-semântico”, conectando, dessa forma, a fundamentação normativa do Direito com o princípio formal-pragmático do discurso.

APEL critica essa segunda proposta principal da arquitetura habermasiana não somente por razões estritamente normativas, mas também histórico-sociológicas e funcionais⁴¹². Ademais, APEL aponta dois fatos⁴¹³ com os quais espera não só distinguir o princípio da democracia do princípio moral como também o princípio abstrato do direito, os quais devem ser, em sua opinião, levados em consideração por uma teoria filosófico-normativa que pretenda validade universal.

Em primeiro lugar, segundo APEL, há que se considerar o fato de que o princípio da democracia representa um fenômeno histórico-contingente mais destacado do que o Direito, o que se revela no fato de que ainda hoje numerosos Estados ainda

⁴⁰⁹ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 215).

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 216.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 216.

⁴¹² *Ibidem*, p. 217.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 217.

continuam a defender o pleito dos Estados de Direito sem aceitarem o “preconceito”, no entendimento deles, “eurocêntrico” do princípio da democracia liberal. Para APEL, trata-se de uma relativização⁴¹⁴ do princípio da democracia, a qual é reforçada, em nossa época, pela “problemática global da crise ecológica”, que põe em dúvida, de um lado, a capacidade do princípio da democracia de implementar medidas impopulares a longo prazo com vistas à preservação da biosfera humana e, de outro, a regra majoritária que caracteriza um aspecto da contingência histórica da Democracia ocidental consistente na representação parlamentar da vontade do cidadão.

O segundo fato que deve ser considerado, de acordo com APEL, é que o princípio da democracia contém em si não só o aspecto jurídico que tende à pretensão de validade universal, como no caso do aspecto idealista-humanístico dos direitos humanos, mas também o aspecto da auto-afirmação política de um sistema particular de poder, a que se vincula à questão da política externa de auto-afirmação dos Estados. Referida política, assevera o autor em comento, ainda é marcada pelo espaço de uma ordem internacional reticente em relação à aplicação obrigatória e coercitiva do Direito.

Convergindo ao pensamento de HABERMAS, APEL⁴¹⁵ ressalta que a concepção de reciprocidade entre a constituição jurídica efetiva dos direitos liberais de liberdade e os direitos republicanos de participação na deliberação coletiva com vistas ao bem comum apresenta a vantagem de substituir a idéia jusnatural-metafísica dos direitos de liberdade inatos, o que permite uma fundamentação normativa do princípio da democracia “para além” da oposição entre liberalismo e comunitarismo.

⁴¹⁴ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 217).

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 219.

HABERMAS, nesse sentido, intenta uma espécie de síntese entre a tendência ao comunitarismo de ROUSSEAU, que é radicado na auto-organização dos cidadãos em uma comunidade ética, e a tendência contraposta ao liberalismo de KANT de uma fundamentação dos direitos humanos anterior ao Estado de Direito, de tal forma que esses direitos estabeleçam limites inclusive contra a vontade soberana do legislador político. Assim, a proposta habermasiana é uma legitimação do Estado Democrático de Direito pela interação complementar entre direitos humanos e soberania popular.

Todavia, APEL refuta essa tese por sua “ambigüidade sistemática”⁴¹⁶ do discurso sobre a auto-regulação político-jurídica (ou autonomia dos cidadãos), tendo em vista que referida tese não consegue superar a questão da auto-afirmação de um Estado em relação aos demais. Para o autor, isso já é suficiente para demonstrar que o princípio do direito não pode ser identificado com o princípio da democracia, apesar de sua afinidade normativa⁴¹⁷.

APEL sustenta, ainda, que nem mesmo a relação de proximidade entre os citados princípios de direito e da democracia, verificada no nível da idéia reguladora da formação do consenso, é bastante para confirmar a identidade pretendida por HABERMAS. Isso porque, ainda que, em sede de teoria discursiva, a mencionada idéia reguladora da formação de consenso tenha a pretensão de universalidade - no sentido de que deva estar pressuposta na base de todas as negociações humanas, sendo postulada *a priori* no princípio do discurso - , há que se reconhecer que a formação do consenso que está na base da Constituição de uma determinada democracia pode divergir substancialmente da

⁴¹⁶ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (p. 220).

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 221.

formação do consenso universal postulada no princípio do discurso. Por essa razão, APEL rejeita a proposta de HABERMAS, por entendê-la problemática.

A despeito de tais divergências, APEL aponta quatro⁴¹⁸ pontos de concordância com HABERMAS em relação ao princípio do direito e o da democracia: 1) há uma relação interna entre o princípio do discurso e o cerne do princípio da democracia; 2) a divergência entre liberais e comunitaristas a respeito da questão sobre se o Estado Democrático de Direito deveria ser compreendido primariamente como garantia legal dos direitos individuais ou como resultado da formação republicana da vontade poderá ser “tendencialmente eliminada” em uma democracia pela “procedimentalização discursiva da pressuposição recíproca da autonomia privada e pública dos cidadãos”; 3) os direitos humanos podem ser fundamentados pelo princípio do discurso e devem se tornar parte do direito positivo de cada Estado democrático através do procedimento democrático-discursivo que os estabeleça em sede constitucional; 4) uma fundamentação atual da justiça política, no sentido da teoria do discurso, deve primar pelo procedimento democrático dos direitos fundamentais privados e públicos dos cidadãos frente a concepções alternativas.

Tais concordâncias, contudo, não anulam as divergências fundamentais entre os pensamentos desses dois autores, em especial no que concerne às teses apelianas de distinção entre os princípios do direito e da democracia e da necessidade de fundamentação última dos direitos humanos segundo os preceitos de uma ética do discurso, em termos de uma pragmática transcendental. A consequência dessa postura de APEL é o entendimento

⁴¹⁸ APEL, Karl-Otto. “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em Faktizität und Geltung de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321 (pp. 299-300).

de que não se deve identificar “consensos fáticos” com o “consenso ideal” sobre pretensões de validade, nem os procedimentos democráticos com o discurso ideal.

Nesse sentido, APEL critica HABERMAS e argumenta que a ética do discurso deveria ser reabilitada à luz do princípio transcendental-pragmático como programa de fundamentação normativa do Direito, pelo que deveria estar em condições de justificar a independência do direito positivo de modo historicamente abstrativo, bem como de exigir o estabelecimento de uma “ordem jurídica de cidadania mundial”, no contexto da necessária “responsabilidade referida à história”.

CONCLUSÃO

O conceito Direito, conforme demonstrado, enquanto ferramenta para a compreensão do fenômeno social, deixou uma posição periférica na Teoria Crítica para assumir a centralidade na Teoria do Discurso. Referida mudança não é apenas aparente, no sentido de se tratar de um simples enfoque de aproximação teórica, mas sim substancial e implica uma guinada no modo de entender e articular a fundamentação do Direito.

Na obra de HABERMAS anterior a 1992, as questões jurídicas são tratadas de forma vinculada à Moral, sendo o Direito reduzido quase que inteiramente a um elemento da esfera moral. O fundamento do Direito tinha amparo no simples recurso à moralidade, do que é exemplo o Direito Natural Racional, entendido como um instrumento de organização e dominação da sociedade, cuja racionalidade era identificada com a razão prática.

Assim, consoante a reconstrução do Direito moderno empreendida por HABERMAS, nas sociedades pós-metafísicas, a integração social realizada pelo agir comunicativo não ocorre de modo satisfatório, isso porque, tendo em vista que a coesão da sociedade já não é mais obtida pelo recurso a elementos metafísicos, a possibilidade de dissenso encontra-se sempre presente. Além disso, a razão comunicativa trás consigo sempre a possibilidade do convencimento pelo melhor argumento. Assim, com o estabelecimento de pretensões de validade discursivas, surge uma normatividade que gera entendimento para aqueles que pautam seu agir de modo comunicativo, o que, contudo, não extingue a possibilidade de existência de ações estratégicas na sociedade.

Na Modernidade, ao Direito é atribuída a solução do problema da integração social, na medida em que as expectativas de comportamento individuais são substituídas pela possibilidade de aplicação de uma sanção de modo coativo, através do monopólio do uso da força pelo Estado. Nesse contexto, coloca-se a questão da possibilidade de questionamento da validade das prescrições jurídicas pelos destinatários das normas. Tal indagação remete, por sua vez, à idéia de autodeterminação ou de soberania política.

De acordo com HABERMAS, na medida em que se interpreta o ordenamento jurídico como algo que se destina à constituição de uma normatividade heterônoma – alheia, portanto, ao sujeito -, esse ordenamento é carente de legitimação. Nas palavras do autor⁴¹⁹,

“Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer tempo pelo legislador político? Esta pergunta torna-se cada vez mais angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora.”

Assim, no *marco da teoria da ação comunicativa*, o Direito é concebido, de certo modo ambíguo, como meio de organização ligado ao sistema e/ou instituição relacionada com o mundo da vida e detentora de uma pretensão de legitimidade perante a comunidade. A força legitimadora do Direito é expressa em duas vertentes: o Direito como meio de organização legitima-se pela simples referência à sua correção procedimental,

⁴¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.308.

enquanto que o Direito como instituição tem sua legitimidade procedimental acrescida de um princípio moral que lhe é complementar, conforme delineado posteriormente nas *Tanner Lectures*.

Desse modo, em um primeiro momento, a despeito da crítica à razão prática e à vinculação do Direito Natural Racional em termos metafísicos, HABERMAS, de certa forma, assimila essa concepção de Direito, na medida em que, de forma contraditória, defende que o Direito deve pautar sua legitimidade ora pelo simples procedimento racional, ora pelo recurso a um princípio moral justificante.

Posteriormente, com o advento de sua Teoria Discursiva em 1992, HABERMAS abandona o entendimento do Direito como dependente da Moral, passando a defini-los como co-originários. O Direito assume, nesse contexto, o papel principal na resolução dos problemas de integração social. Contudo, a relação complementar dessas esferas permanece, tendo em vista a sua concepção de complementaridade no procedimento.

A *teoria discursiva* habermasiana, dessa forma, procedeu à redefinição dessa concepção de direito e de sua conseqüente legitimidade. O Direito passa, então, a ser visto como *medium* de uma tensão entre facticidade, expressa no seu aspecto coercitivo, e validade, manifesta na sua pretensão de liberdade. HABERMAS, todavia, não distingue nitidamente se o Direito seria meio ou instituição, tendo utilizado indistintamente ambos os termos por diversas vezes ao longo de sua obra.

De acordo com a concepção discursiva de HABERMAS, o Direito desempenha a função de resolução dos conflitos sociais mediante argumentos consensuais no discurso, sendo informado por um princípio discursivo moralmente neutro. Ademais, entende o autor que o Direito vincula-se intimamente com a Democracia, tendo em vista a

ligação existente entre o procedimento democrático e a realização do sistema de direitos, pelo que haveria uma certa identidade entre os princípios do direito e da democracia.

APEL, entretanto, critica a concepção habermasiana exposta em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, por entendê-la problemática e contraditória. Tal assertiva pode ser comprovada pela referência a duas questões controversas significativas evidenciadas por APEL em relação à obra de HABERMAS, a saber: (a) a contradição da neutralidade do princípio do discurso; e (b) a identidade dos princípios jurídico e democrático.

Além dessas questões já observadas, com precisão, por APEL, outras duas questões podem ser apontadas, no presente trabalho, como fragilidades na obra de HABERMAS, a saber: (c) a obrigatoriedade do Direito decorrente apenas do entendimento discursivo; e (d) a questão do Direito entre consenso e coerção.

Referidas questões remetem à compreensão crítica da obra habermasiana no que concerne a seu consensualismo exacerbado e à relação ínsita ao Direito entre consenso e coerção, a qual, de certa forma, entende-se que problematizada de modo insuficiente pelo autor.

A primeira questão controvertida (a) diz respeito à relação entre Direito e Moral, expressa na proposta habermasiana em meio a uma certa ambigüidade na caracterização dessas esferas normativas correspondente a um misto de distinção e complementaridade. A maior contradição, segundo APEL, seria a caracterização do princípio do discurso como moralmente neutro, tendo em vista que um sistema de direitos que busca se implementar de modo discursivo e, portanto, submetido apenas à coerção do melhor argumento, deve partir do pressuposto fundamental de observância das condições necessárias de uma argumentação válida, com a consideração isonômica de todos os

sujeitos envolvidos. Nesse sentido, o princípio moral primordial estaria sempre implícito no princípio do discurso, tal como asseverado por APEL.

O segundo tema (b) que pode ser apontado como problemático na concepção de HABERMAS concerne à relação entre Direito e Democracia. Sustenta o autor, a esse respeito, a identidade dos princípios jurídico e democrático, no sentido de que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”, conforme enunciado na formulação habermasiana do princípio democrático.

Ora, entende-se que tal afirmação caracteriza-se por uma idealidade extrema, além de colocar a validade do mecanismo de deliberação majoritária no modelo democrático ocidental em questionamento, haja vista que, evidentemente, nem sempre é possível o assentimento de todos a uma norma jurídica – o que, aliás, é bastante improvável, em face da multiplicidade de interesses dos sujeitos de direito em uma sociedade, os quais, em regra, são contraditórios. Entende-se que, justamente em razão da divergência de interesses na sociedade, é que o Direito mostra-se necessário, sendo sua função primordial a promoção da integração social.

Tal fato remete-nos à terceira temática (c) de difícil resolução na concepção discursiva de Direito habermasiana, a saber: a questão da obrigatoriedade legítima do Direito em razão do entendimento discursivo. Conforme referido no capítulo 3, HABERMAS entende que o Direito se legitima pelo procedimento discursivo legislativo, sendo necessário, em algumas hipóteses, o recurso também a uma justificação moral, como nos casos de assuntos constitucionais. Assim, em síntese, as normas jurídicas teriam sua observância obrigatória decorrente, em última razão, do entendimento discursivo alcançado por intermédio do referido procedimento, que deve, por isso, ser democrático.

Nesse contexto, uma pergunta se mostra fundamental: se o Direito tem sua razão de ser nas sociedades porque não é possível um pleno entendimento como forma de resolução de conflitos, não seria contraditório entender que o Direito se legitima apenas discursivamente, no sentido de se justificar o exercício da força pelo Estado tendo em vista um consenso social sobre o conteúdo de suas sanções?

Sim, porque se o Direito existe em razão da impossibilidade de existência de um entendimento perfeito na sociedade, como justificar a existência do Direito justamente com base nesse entendimento pela referência a uma pretensão cuja impossibilidade explica a própria existência do jurídico? Tal circunstância mostra-se, no mínimo problemática, merecendo, destarte, uma maior reflexão.

Diante de tal dilema, HABERMAS propõe uma solução pelo recurso à síntese dos contrários, afirmando que nenhuma sociedade pode alcançar o modelo de uma socialização puramente comunicativa e, assim, isenta de coerção, nem realizar as condições de possibilidade da comunicação por ele sustentadas. Desse modo, apesar de o modelo idealmente pressuposto conter a idéia de uma sociedade perfeitamente auto-organizada, sem interferências políticas ou jurídicas, suas características se projetariam na sociedade democrática sob a forma de um Direito que incorpora os momentos de socialização comunicativa.

Contudo, a formulação habermasiana não supera a referida contradição, tendo em vista que, nos termos propostos, remete à idéia de um Direito que se contradiz em essência, como que incorporando um não-direito, na medida em que é imposto de um modo coercitivo contrariamente a um entendimento isento de coerção⁴²⁰.

⁴²⁰ No mesmo sentido, confira-se: GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*.. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, p.66.

Dessa forma, surge a quarta questão (d) controvertida na concepção de HABERMAS: a difícil relação do Direito entre o consenso e a coerção. Conforme referido ao longo do presente trabalho, HABERMAS entende o Direito como uma espécie de instrumento em que o *telos* é o consenso e cuja função é promover a integração social pelo agir comunicativo. Ocorre que tal afirmativa vai de encontro às evidências históricas de que o Direito, de modo diverso, é um mecanismo sistemático de gestão e resolução de conflitos, tendo por objetivo a paz social. Diante do contexto da multiplicidade social, o Direito se aproxima, em diversos momentos, mais do agir estratégico do que do agir comunicativo. Conforme destaca GALUPPO⁴²¹:

“Ao investigar o fundamento de autoridade do direito no conteúdo ilocucionário da comunicação, Habermas tenta construir uma teoria racional de fundamentação do direito e afastar a idéia segundo a qual o direito seria, pura e simplesmente, uma forma de agir estratégico”

Com efeito, como bem ressalta APEL, a eficiência da ação integradora do Direito, bem como sua função de desonerar as pessoas em relação à fundamentação racional das normas, decorre essencialmente do monopólio da violência exercido pelo Estado de Direito⁴²², e não somente de motivos pragmáticos, ressaltando, entretanto, a necessidade de uma justificação moral para a imposição do Direito por meios coercitivos. O Direito, então, seria fruto dessa interação paradoxal entre consenso e coerção, que se opera

⁴²¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 114.

⁴²² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176 (p. 162).

pela imposição coercitiva do jurídico com vistas ao alcance do consenso, ainda que este não seja espontaneamente alcançado por meios comunicativos.

A despeito dos aspectos problemáticos e contraditórios da concepção habermasiana do Direito aqui expostos, importa destacar, por fim, o entendimento de HABERMAS segundo o qual o estabelecimento do Direito como esfera constitutiva da sociedade, com seu conseqüente desligamento da moral e da normatividade característica da razão prática, possibilita sua visão como produto e reflexo da vontade discursiva dos membros de uma comunidade jurídica. Com a emancipação dessa vontade discursiva, o Direito tornar-se-ia capaz de realizar a grande aspiração da tradição crítica de efetivar a liberdade. O alcance de tal pretensão, todavia, ainda é uma questão em aberto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APEL, Karl-Otto. **La transformación de la filosofía**. Vol.II. Madrid: Taurus, 1985.

_____ “Necesidad, dificultad y posibilidad de uma fundamentación filosófica de la ética em la época de la ciencia”. In APEL, K.O. **Estudios éticos**. Barcelona: Alfa, 1986

_____ “Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégico-teleológica? In APEL, K.O. **Estudios Éticos**. Barcelona: Alfa, 1986.

_____ “Limites de la ética discursiva?” In CORTINA, Adela. **Razón comunicativa y responsabilidad solidaria**. Salamanca: Sigueme, 1985.

_____ **Ética della comunicazione**. Milano: Jaca Book, 1992.

_____ **Teoria de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1991.

_____ “A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso?” In MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 105-144.

_____ “Dissolução da ética do discurso? Quanto à arquitetura da diferenciação discursiva em *Faktizität und Geltung* de Habermas. Terceira tentativa de orientação transcendental de pensar com Habermas, contra Habermas” In MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 201-321.

ARAÚJO, L. B. L. “Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas” In OLIVEIRA, Manfredo Araújo de.; AGUIAR, Odílio Alves; ANDRADE e SILVA SAHD,

Luiz Felipe Netto. (org) **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 214-235.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer - palavras e ação**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho, Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

CAMPS, Victoria. **La imaginación ética**. Madrid: Trotta, 1983.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralidade, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

CORTINA, Adela. “La ética discursiva”. In CAMPS, Victoria. **Historia de la ética: la ética contemporânea**. Vol.3. Barcelona: Ed. Crítica/Filosofia, 2000.

COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003 (Col. Filosofia passo-a-passo).

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Landy Editora, 2004.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2 ed. ver e atual. Florianópolis: Editora UFSC, 2005.

_____ **Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e Justificação**.

Disponível em < <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ethic22re.pdf> > Acesso em 28/12/2005.

FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA AMADO, Juan Antônio. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997 (Série Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 5).

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Trad. R. S. Carbó, Barcelona: Paidós, 2002, p. 14 (Col. Biblioteca del presente)

_____. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **La inclusión del otro: estudios de teoría política**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Barcelona: Editorial Paidós, 1999.

_____. **La necesidad de revisión de la izquierda**. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. "Law as medium and Law as institution". In TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York, 1988, pp. 203-220.

_____. “Qué significa pragmática universal?” *In Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 2 ed., Madrid: Cátedra, 1994, pp. 299-368.

_____ **Teoria de la acción comunicativa**, tomo I. Trad. Manuel Jimenez Redondo, Madrid: Taurus, 2003.

_____ **Teoria de la acción comunicativa**, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo, 4 ed., Madrid: Taurus, 2003.

_____ **Teoría y praxis: Estudios de filosofía social**. Trad. Salvador Más Torres e Carlos Moya Espí. 2 ed., Madrid: Tecnos, 1990.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do Iluminismo**. São Paulo: Moderna, 2003 (Col. Logos).

MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2005. (Filosofia passo-a-passo, v. 59)

MILOVIC, Miroslav. **Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade**. Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002.

_____. **Comunidade da diferença**. Ijuí: Unijuí, 2004.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. rev e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 31.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Extrato de tradução inédita.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1993 (Col. Filosofia 28).

_____. “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática” In MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Trad. dos ensaios de Karl-Otto Apel de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, pp. 145-176.

RABAÇA, Sílvio Roberto. **Variantes críticas: a dialética do conhecimento e o legado da Escola de Frankfurt**. São Paulo: Annablume, 2004.

RAUBER, Jaime José. **O problema da universalização em ética**. Porto Alegre: EdPUC-RS, 1999.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **Para leer a Habermas**. Madrid: Alianza, 2003.

_____. **Teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política**. Tradução do alemão por Lilyane Deroche-Gurgel; Tradução do francês por Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Col. Os Pensadores)

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II. O *a priori* da comunidade de comunicação.** Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Estudos da moral moderna.** Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia. Ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática.** São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BÖECKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

CORTINA, Adela. “La ética discursiva”. In CAMPS, Victoria. **Historia de la ética: la ética contemporánea.** Vol.3. Barcelona: Ed. Crítica/Filosofia, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Trad Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora UnB, 1980. (col. Pensamento político, 15)

_____. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas” *In* SOUZA, Jessé (org). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: 2001, pp. 111-163.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996 (col. Filosofia, 40).

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.